Gaben und geben positive Vertragsverletzungen ein Rücktrittsrecht?

Inaugural-Dissertation

der

Hohen Juristischen Fakultät der Königl. Universität Breslau

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Martin Lesser

Referendar in Tirschtiegel (Prov. Posen)

Breslau

Verlag von M. & H. Marcus

1906

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau

Referent: Professor Dr. Fischer.
Correferent: Professor Dr. Leonhardt.

Dahn, Prodekan.

Vorliegende Dissertation ist ein Teil einer größeren Arbeit, welche demnächst unter dem Titel:

„Das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen"

im Verlage von M. & H. Marcus in Breslau erscheinen wird.

Meiner Mutter.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543102_0034

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Begriff der positiven Vertragsverletzungen, § 1 1

B. Geschichtliche Entwickelung des Rücktrittsrechts bei positiven Vertragsverletzungen:

I. Das römische Recht, § 2 13
II. Das deutsche Recht, § 3 15
III. Das ALR. § 4 17
IV. Der Code civil, § 5 19
V. Das bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen, § 6 20
VI. Das alte HGB., § 7 21

C. Die Behandlung der Frage im BGB.

Einleitung, § 8 22

I. Die verschiedenen Lösungsversuche:

1. Die Lösung ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetze.

a) Positive Vertragsverletzungen begründen Unmöglichkeit der Erfüllung der Pflicht
aa) zu positivem Tun, § 9 23
bb) vertragswidriges Handeln zu unterlassen, § 10 . 26

b) Das Rücktrittsrecht ergibt sich aus der Schadensersatzpflicht, § 11 28

2. Die Lösung ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz.

a) Es ist Gesetzesanalogie anzuwenden: positive Vertragsverletzungen begründen eine verzugsähnliche Situation, § 12 34

b) Die Lösung erfolgt im Wege freier Lückenausfüllung, § 13 42

II. Die Lösung ergibt sich aus einem allgemeinen Rechtsgrundsatze, § 14 46

In der Abhandlung folgt sodann:

D. Die positiven Vertragsverletzungen bei Successivlieferungsverträgen.
Einleitung, § 15 . . . . . .

I. Die besonderen Begründungen des Rücktrittrechts.

1. Die Annahme stillschweigender Rücktrittsabrede, § 16 .
2. Die Ausdehnung des Wandelungsanspruches auf nicht fällige Raten, § 17 . . . . . .
3. Ablehnung und Inverzugsetzung, § 18 . . . . . .
4. Die Unmöglichkeit der Erfüllung, § 19 . . . . . .

II. Die Anwendung der allgemeinen Lösung, § 20 . . . . .

III. Das Rücktrittsrecht bei Successivlieferungsverträgen ist kein Kündigungsrecht, § 21 . . . . . .

E. Anhang.

Die ernstliche Weigerung, erfüllen zu wollen.
Einleitung, § 22 . . . . . .

I. Ihre Behandlung

1. unter dem Gesichtspunkte des Verzuges, § 23 . . . .
2. als positive Vertragsverletzung, § 24 . . . . . .

II. Sie ist eine selbständige Art schuldhafter Vertragsverletzung, die den Vertragszweck gefährdet, § 25 . . . . . .

Literaturverzeichnis.

Bartsch, Das Rücktrittsrecht wegen positiver Vertragsverletzungen. Diss. Breslau, 1905.

2. Berndorff, Die Gattungsschuld, 1900.
3. Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd. I. 1892.
4. Brückmann, Nachfrist bei Erfüllungsweigerung. Dtsch. Jur. Zeitung. 1902, S. 220.
5. Cosack, Lehrbuch des Dtsch. BR. Bd. I, 4. Aufl. 1903.
6. Cretschmar, Das Rhein. Civilrecht, 3. Aufl. 1898.
7. Crome, System des Dtsch. BR. Bd. II, 1. 1902.
8. Dahn, Dtsch. Privatrecht, Grundriß, 1878, 1. Abt.
9. Dernburg, Bürgerl. Recht, Bd. II, 3. Aufl. 1905.
10. „ , Über das Rücktrittsrecht vom Kauf wegen positiver Vertragsverletzung. Dtsch. Jur. Ztg. 1903, S. 1 ff.
11. Düringer-Hachenburg, Das Handels-GB. Bd. II, 1901. Bd. III, 1903.
12. Endemann, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts. 9. Aufl. 1903.
13. Erler, Bedarf es im Falle des § 326 BGB. zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des andern Teils? „Recht“ 1901, S. 421 ff.
14. Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag, 1899.
15. Fiebach, Das gesetzl. Rücktrittsrecht nach dem BGB. Diss. Breslau 1904.
16. Fischer, Recht und Rechtsschutz, 1889.
17. Fischer-Henle, BGB. Handausgabe. 6. Aufl. 1904.
18. Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preuß. Privatrechts.
19. Glück, Ausführliche Erläuterungen zu den Pandekten. Erlangen, 1814, Bd. 16.
20. Goldmann-Lilienthal, Das Recht des Bürg. Ges.-Buchs, systematisch dargestellt, Bd. I, 2. Aufl. 1903.
21. Gruchot, Glossen zum ALR. in seinen Beitr., Bd. 3, S. 128 ff.
22. Hangen, Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung. Deutsche Jur. Ztg. 1903, S. 49/50.

23. Hanausek, Die Haftung des Verkäufers. Berlin 1883. Bd. 1.
24. Heck, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue. Deutsche Jur. Ztg. 1905, S. 1140 ff.
25. Heller, Die positive oder kommissive Vertragsverletzung und § 919 a. b. GB. in der „Gerichtshalle", 1905, S. 289 ff. u. 301 ff.
26. Hoffmann, Inwieweit kennt das BGB. ein gesetzliches Rücktrittsrecht vom Vertrage? Diss. Greifswald, 1900.
27. Kipp, Das RG. und die positive Vertragsverletzung. Dtsch. Jur. Ztg. 1903, S. 253 ff.
28. Kleineidam, Unmöglichkeit und Unvermögen, Jena, 1900.
29. Koch, Allgem. Landrecht f. d. preuß. Staaten. Commentar m. Anm., 8. Aufl.
30. Krückmann, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. Dtsch. Jur. Ztg. 1905, S. 205-07.
31. Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzb. f. d. Dtsch. Reich, Bd. II, 901.
32. Landsberg, Das Recht des Bürg. Ges. Buchs, dogmatisch dargestellt. Berlin, 1904.
33. Lehmann, Heinr., Die positiven Vertragsverletzungen im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 96, S. 60 ff.
34. Littmann, Das gesetzl. Rücktrittsrecht v. Vertrage. Diss. Rostock, 1902.
35. Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht. Straßburg, 1876.
36. Makower, Handelsgesetzbuch mit Commentar. 12. Aufl.
37. v. Meibom, Über Realschulden und Reallasten. Jahrb. d. gem. Rechts von Bekker und Muther, Bd. IV, S. 442 ff.
38. Meisner, Das Bürgerliche Gesetzbuch 2. Buch. Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau, 1898.
39. Mommsen, Friedr., Beiträge zum Obligationenrecht, 1853.
40. Müller, Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf und bei der Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadenersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadenersatz neben Wandlung gefordert werden? „Recht" 1902, S. 542 ff. 576 ff.
41. Müller-Erzbach, Über das Rücktrittsrecht bei Successivlieferungsgesch. u. ähnl. Verträgen. Dtsch. Jur. Ztg. 1904, S. 1158 ff.
42. Müller-Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs, Bd. I, München, 1904.
43. Neumann, Handausgabe d. Bürg. Ges. Buchs, 1903.
44. Niedner, Fristbestimmung bei Verweig. d. Erfüllung. Dtsch. Jur. Ztg. 1901, S. 443 ff.
45. Paech, Der Leistungsverzug, 1902.
46. Pagenkemper, Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassenspflichten. Diss. Breslau, 1905.
47. Pernice, Labeo, röm. Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit, 1895.
48. Planck, Kommentar z. Recht d. Schuldverhältnisse. 3. Aufl. 1904.
49. Oertmann, Kommentar z. Recht d. Schuldverhältnisse, 1899.
50. Rehbein, Das Bürg. Ges. Buch mit Erläuterungen, Bd. II, 1900.

51. Riezler, Der Werkvertrag. Jena, 1900.
52. Romeick, Zur Technik des BGB. I, Fristbestimmung, 1901.
53. Schöller, Nochmals der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. Gruchots Beitr. 45, S. 511.
54. „ , Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbes. Schadensersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Miete, Werk- und Dienstvertrag nach dem BGB. Gruchot, Bd. 46, S. 1.
55. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse, 1900.
56. Seuffert, prakt. Pandektenrecht, Bd. II, 2. Aufl.
57. Siegel, Das Versprechen als Verpflichtungsgrund im heutigen Recht. Eine germanistische Studie, 1873.
58. Simonsohn, Fristbestimmung und Androhung in § 326 BGB. bei erklärter Erfüllungsweigerung. Dtsch. Jur, Ztg. 1902, 121/22.
59. Staffel, Zur Erläuterung der §§ 325/26 BGB. im Arch. f. ziv. Praxis, Bd. 92, S. 467 ff.
60. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, 1897.
61. „ , Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin, 1901.
62. Stampe, Das Causa-Problem des Civilrechts. Greifswald, 1904.
63. „ , Rechtsfindung durch Konstruktion. Dtsch. Jur. Ztg. 1905, S. 417 ff.
64. „ , Rechtsfindung durch Interessenwägung, Dtsch. Jur. Ztg. 1905, S. 713 ff.
65. Staub, Kommentar zum HGB., 6. und 7. Aufl.
66. „ , Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin, 1904.
67. „ , Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung. Dtsch. Jur. Ztg. 1901, S. 478.
68. Steidle, Das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei nicht rechtzeitiger Leistung des Schuldners. Diss. Tübingen, 1903.
69. Steinhauer, Die Entwickelung und Gestaltung des Rechtes des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen im röm. gemeinen Recht und im Bürg. Ges. Buch. Diss. Rostock, 1902.
70. Stobbe, Handb. d. Dtsch Privatrecht. Bd. III, 1878.
71. „ , Zur Gesch. d. Dtsch. Vertr. Rechts, 1854.
72. „ , Reurecht und Vertragsschluß nach älterem deutschen Recht, in der Zeitschr. f. Rechtsgeschichte, Bd. XIII. S. 209 ff.
73. Titze, Unmöglichkeit der Leistung nach dem Dtsch. Bürgerl. Recht 1900.
74. Treitel, Sind die Vorschriften des BGB. über Unmöglichkeit der Leistung und Verzug anwendbar auf Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen? Diss. Rostock, 1902.
72. Türcke, Das Rücktrittsrecht von zweiseitigen Verträgen, wegen Säumnis ven der anderen Seite. Diss. Göttingen, 1891.
76. Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse, im Archiv für ziv. Praxis, Bd. 92, S. 1 ff.

77. Werner, Die Schadenersatzpflicht wegen Verschuldens bei Erfüllung einer Verbindlichkeit im „Recht“ 1903, S. 308 9.
78. Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandectenrechts. 8. Aufl. 1900.
79. Winter, Über das Recht zur Wandlung und zum Rücktritt bei Successivlieferungsverträgen, Gruchots Beitr. Bd. 48, S. 193 ff.
80. Zitelmann, Lücken im Recht. Leipzig, 1903.
81. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 1, 4, 5, 6, 7, 51, 52, 53, 54, 57.
82. Motive zu dem Entwurf eines BGB. für das Deutsche Reich.
83. Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgg. von Mugdan und Falkmann, Bd. III, IV, X.
84. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, herausgg. von den Räten des Gerichtshofes, Bd. 3, 5, 7, 8, 9, 12, 13, 16.
85. Entscheidungen des Kgl. Geh. Obertribunals, herausgg. im amtlichen Auftrage, Bd. 14, 60, 65.
86. Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis des Obertribunals, Bd. 4, 20, 89.
87. Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte Deutschlands, Bd. 2, 5, 10, 12, 14, 20, 22, 26, 28, 32, 33, 37, 57, 59.
88. Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. 9, 14, 18.
89. Juristische Wochenschrift, Organ des deutschen Anwaltsvereins, Jahrgang 1896, 1903, 1903, 1904, 1905.
90. Sächsisches Archiv für deutsches Bürgerliches Recht, Bd. XV.
91. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.
92. Das Recht. Rundschau für den deutschen Juristenstand, herausgg. von Dr. G. Ph. Soergel. Jahrgang 1902, 1903.

§ 1.

Begriff der positiven Vertragsverletzungen.

Auf Grund seiner Leistungspflicht ist der Schuldner verpflichtet, den Gläubiger in gegenständlicher Beziehung in bestimmter Weise zu befriedigen. Dies muß gemäß dem Inhalte der Leistungspflicht zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte geschehen; durch die Zeit und den Raum, den Ordnern der Erscheinungswelt, erhält der Gegenstand der Leistung seinen Bestimmungsort in der Erscheinungswelt. Da also die Leistungspflicht den Schuldner in dreifacher Beziehung bindet, kann ihre Verletzung auch in dreifacher Beziehung erfolgen: im Bezug auf den Gegenstand, die Zeit und den Ort der Leistung. Naturgemäß enthält jede Verletzung in Bezug auf den Gegenstand und den Ort der Leistung auch eine Verletzung in Bezug auf die Zeit; wer eine inviduell bestimmte Ware am 1. Januar 1906 nach Breslau liefern soll und sie vorher vernichtet oder wer die Ware statt nach Breslau nach Trachenberg liefert, verzögert zugleich auch die geschuldete Leistung. Die Verletzung in Bezug auf den Gegenstand der Leistung ist unabhängig vom Fälligkeitstermine, hat nicht die Fälligkeit zur Voraussetzung; daher ist sie eine selbständige Art der Verletzung gegenüber der Verletzung in Bezug auf die Zeit. Hingegen liegt eine Verletzung in Bezug auf den Ort niemals vor der Fälligkeit der Leistung vor. Die Leistung kann bis zur Fälligkeit noch immer an dem festgesetzten Orte erfolgen. Während die Verletzung bezüglich des Gegenstandes diejenige bezüglich der Zeit

erst zur Folge hat, ist die Verletzung bezüglich der Zeit Voraussetzung für diejenige bezüglich des Ortes. Letztere ist daher immer nur als Verletzung bezüglich der Zeit aufgefaßt worden. Auch das BGB. kennt die Verletzung in Bezug auf den Ort nicht als besondere Art.

Mithin bleiben für die Betrachtung übrig: Verletzungen in Bezug auf den Gegenstand und die Zeit der Leistung. Aus der Aussonderung der Verletzungen bezüglich des Gegenstandes aus denjenigen bezüglich der Zeit ergiebt sich, daß sämtliche Fälle, in denen der Gegenstand zugleich verletzt wird, zu jenen zu zählen sind. Hat z. B. jemand ein Fenster zu einem bevorstehenden Krönungsumzuge vermietet und kommt seiner Verpflichtung nicht nach, so ist seine Leistungspflicht gegenstandslos geworden, d. h. es liegt eine Verletzung in Bezug auf den Gegenstand der Leistung vor, sodaß diejenige in Bezug auf die Zeit nicht in Betracht kommt. Der Fall liegt anders als beim sogenannten Fixgeschäft; wenn jemand seiner Pflicht, am 1. Januar 1906 zu liefern, nicht nachkommt, so liegt keine Verletzung in Bezug auf den Gegenstand vor. Nach dem Inhalt der Leistungspflicht ist hier die Leistung nicht gegenstandslos geworden; es liegt nur eine Verletzung in Bezug auf die Zeit vor. In jenem ersten Falle sollte das Fenster nicht nur am Tage des Krönungsumzuges überlassen werden, sondern zu jenem bestimmten, in der Verpflichtung zum Ausdruck gekommenen Zwecke; Gegenstand der Leistung ist: die Überlassung des Fensters am Tage des Krönungsumzuges, während beim Fixgeschäft nur die zu liefernde Ware den Gegenstand bildet.

Die Verletzung in Bezug auf die Zeit der Leistung heißt Verzug. Die Verletzung in Bezug auf den Gegenstand kann derart sein, daß die Leistung nicht mehr erfolgen kann, d. h. es liegt Unmöglichkeit der Leistung vor. In beiden Fällen tritt die Verletzung in der Nichtleistung, d. h. in negativer Weise, in die Erscheinung. Die Verletzung kann auch in der Weise erfolgen, daß die Leistung zwar zur bestimmten Zeit am bestimmten Orte bewirkt wird, aber in mangelhafter Weise. Die Verletzung tritt dann in der Mangelhaftigkeit der Leistung, d. h. in positiver Weise in die Erscheinung, m. a. W.: es liegt eine positive Vertragsverletzung vor.

Letzterer Ausdruck ist in der Literatur neueren Ursprungs, und zwar wurde er zuerst von Staub[1]) angewandt. Staub verwendet aber den Begriff nicht in der angegebenen Weise; er gibt überhaupt keine direkte Definition, sondern spricht nur von „zahlreichen Fällen, in denen jemand eine Verbindlich-„keit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er „unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar „bewirkt, aber fehlerhaft“ [2]).

Mithin versteht Staub unter positiven Vertragsverletzungen außer den Verletzungen durch Mangelhaftigkeit der Erfüllung auch ganz allgemein die Verletzung einer Unterlassenspflicht durch das verbotene Handeln an sich[3]). Indem Staub in allen diesen Fällen positive Vertragsverletzungen annimmt und sie den Fällen der Unmöglichkeit der Erfüllung und des Leistungsverzugs gegenüberstellt, setzt er natürlich voraus, daß bei ihnen die Regeln über Verzug und Unmöglichkeit nicht anwendbar sind. Bereits Kipp[1]) hat aber betont, daß in den Fällen, in denen Unterlassungspflichten durch positives Handeln verletzt werden, eine Entscheidung durch die Unmöglichkeitslehre gegeben, Staub's Begriff der positiven Vertragsverletzungen daher zwiespältig sei, und in der Tat erscheint er nicht haltbar.

Staub sieht das Begriffsmerkmal der positiven Vertragsverletzungen darin, daß sie Verletzungen durch positives Tun sind. Ein solches Begriffsmerkmal für die Einteilung der Vertragsverletzungen ist aber für das BGB. nicht brauchbar. Es müßte das Nichttätigwerden ein Begriffsmerkmal für die übrigen Vertragsverletzungen sein; es ist aber klar, daß in den Fällen, in denen Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt wird, die Vertragsverletzung auch in einem positiven Handeln bestehen kann (z. B. jemand

[1]) In seiner Abhandlung über „Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen“ (enthalten in der Guttentag'schen Festgabe für den 26. Deutschen Juristentag, S. 31—56). Diese Abhandlung hat Staub erweitert und ergänzt zu seiner (Berlin 1904) erschienen Schrift „Die positiven Vertragsverletzungen“ (S. 5 — 30 übereinstimmend mit dem Aufsatz der Festschrift).

[2]) vgl. Staub S. 5.

[3]) Einverstanden mit diesem Begriffe der positiven Vertragsverletzungen ist Bartsch.

[1]) Kipp, S. 253.

zerstört die zu liefernde Ware). Hieraus ergibt sich, daß das BGB. die Vertragsverletzungen nach anderen Gesichtspunkten einteilt.

Das BGB. geht bei seiner Einteilung der Vertragsverletzungen nicht von dem allgemeinen Gesichtspunkte aus, ob sie positiver oder negativer Natur sind, sondern von einem solchen, der die Art und Folgen der Vertragsverletzung in Bezug auf die Vertragserfüllung selbst betrifft. Wenn wir diesen anlegen, werden wir sehen, daß Verletzungen von Unterlassungspflichten durch positives Tun Unmöglichkeit und Verzug der Leistung herbeiführen und darum für die Bildung eines besonderen Begriffes neben Verzug und Unmöglichkeit nicht in Frage kommen können. — Betrachten wir die Folgen der Verletzung von Unterlassenspflichten, so ist zu unterscheiden, ob eine eigentliche Unterlassungspflicht oder eine Duldungspflicht vorliegt[1])[2]). Im ersteren Falle verpflichtet sich jemand lediglich, etwas nicht zu tun: der Vertrag ist geschlossen, damit der Schuldner untätig bleibt; im anderen Falle dagegen verpflichtet sich jemand, einen anderen etwas tun zu lassen, wozu dieser an sich nicht berechtigt wäre: der Vertrag ist geschlossen, damit der Gläubiger tätig werden kann. Sodann ist zu fragen: besteht die Unterlassenspflicht für einen bestimmten, kalendermäßig festgesetzten Zeitraum bezw. für alle Zeiten, oder ist nur die Tatsache eines Unterlassens an sich verlangt, das nicht unbedingt an eine bestimmte Zeit gebunden ist? Demgemäß sind im Ganzen vier Möglichkeiten zu betrachten:

a) Die Verletzung der Pflicht, etwas eine bestimmte Zeit bezw. immer zu unterlassen (z. B. jemand verpflichtet sich, vom 1. Januar 1903 bis zum 1. Januar 1905 bezw. für die ganze Zukunft einen gewissen Weg nicht zu betreten). Da die Verpflichtung zu einer Unterlassung, ohne daß die Zeit für diese bestimmt oder bestimmbar ist, gegenstandslos ist, gehört die Zeitbestimmung bei eigentlichen Unterlassenspflichten zum Gegenstand der Leistung. Dieser besteht

---

[1]) Letztere findet sich z. B. im BGB. § 258 S. 2, ferner § 495 Abs. 2, auch § 716; vgl. Wendt, S. 16 ff., Treitel S. 11.

[2]) In §§ 240, 253, 339 StrGB. ist allerdings das Dulden als ein Drittes neben Tun und Unterlassen gestellt, vgl. auch § 890 CPO.

eben in der Unterlassung zur bestimmten Zeit; daher trifft die Zuwiderhandlung den Gegenstand der Leistung; es tritt ebenso wie bei Nichtüberlassung eines zum Tage des Krönungsumzuges vermieteten Fensters Unmöglichkeit der Erfüllung ein, da die Verletzung nach den Naturgesetzen nicht wieder gut zu machen ist. Ist die Verletzung während der ganzen festgesetzten Zeit vorhanden, so liegt völlige Unmöglichkeit der Leistung, sonst teilweise vor.

b) Die Verpflichtung, etwas überhaupt einmal oder eine gewisse Zeit zu unterlassen, ohne daß dieser Zeitpunkt oder Zeitraum in der Zeit bestimmt wäre (z. B. jemand soll einmal nicht oder drei Jahre lang nicht einen Weg betreten, ohne daß bestimmt oder den Umständen zu entnehmen wäre, wann nicht oder welche 3 Jahre nicht). Wie wir gesehen haben, ist eine derartige Verpflichtung gegenstandslos, da der Gegenstand der Leistung nicht bestimmt ist.

c) Die Verletzung einer Verpflichtung, etwas eine bestimmte Zeit, bezw. immer zu dulden (z. B. jemand darf eine gewisse Zeit lang bezw. immer auf dem Grundstücke eines anderen gehen, fahren und Vieh treiben): Wie im Falle a, tritt hier — meist teilweise — Unmöglichkeit der Erfüllung ein[1]).

d) Die Verletzung der Verpflichtung, eine oder mehrere bestimmte Handlungen des Gläubigers zu dulden, ohne daß genau bestimmt ist, wann dies geschehen soll (vgl. die bereits angeführten §§ 258, 495, 716 BGB.) wobei aber die Leistungszeit aus den Umständen zu nehmen ist. In diesem Falle dient diese nicht dazu, um zugleich den Gegenstand der Leistung zu schaffen; vielmehr ergibt sich dieser aus der Beziehung zu der zu duldenden Handlung. Soll eben eine Unterlassung dazu dienen, daß jemand eine genau bestimmte Handlung infolge der Unterlassung vornehmen kann, so ist die Unterlassung genügend kenntlich, um Gegenstand

[1]) Es erscheint darum merkwürdig, wenn in l. 24 § 4 D. 19, 2 der dominus fundi dadurch, daß er dem colonus einige Tage der auf 5 Jahre bemessenen Pachtzeit das frui nicht gestattet, dadurch in mora gerät; richtiger Ansicht nach verschuldet er teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung. Die Entscheidung des Paulus erklärt sich vielleicht damit, daß der dominus nicht nur zu einem pati verpflichtet ist.

einer Leistungspflicht sein zu können; es bedarf hier für die gegenständliche Beziehung nicht noch der Zeitbestimmung. Mithin trifft eine Verletzung in Bezug auf die Zeit nicht zugleich den Gegenstand der Leistung; es liegt nur eine Verletzung in Bezug auf die Zeit, d. h. Verzug vor. Hat z. B. jemand auf Probe gekauft, so ist der Verkäufer gemäß § 495 Abs. 2 verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des gekauften Gegenstandes zu gestatten; tut er dies trotz Aufforderung nicht, so gerät er in Verzug.

Um zusammenzufassen: wer eine Unterlassenspflicht verletzt, führt bei eigentlichen Unterlassenspflichten Unmöglichkeit der Erfüllung herbei, bei Duldungspflichten nur dann, wenn die Zeit für ihre Erfüllung kalendermäßig bestimmt ist, im übrigen aber Verzug [1]).

In anderer Weise als durch Zuwiderhandeln kann eine Unterlassenspflicht nicht verletzt werden. Die verpönte Handlung kann unterlassen werden oder auch nicht; mangelhaftes Unterlassen gibt es nicht. Deshalb führt eine Zuwiderhandlung bei Unterlassenspflichten stets Unmöglichkeit oder Verzug herbei, etwas Drittes ist undenkbar.

Mithin steht fest, daß Verletzungen von Unterlassenspflichten durch die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung und dem Verzuge zu entscheiden sind. Auf diese Überzeugung gründeten wir unsere Ansicht, daß sie nicht zur Bildung eines dritten Begriffs von Vertragsverletzungen verwendet werden können. Es ist nun allerdings nicht unbestritten, daß Verletzungen von Unterlassungspflichten Unmöglichkeit herbeiführen, und es würde wohl auch die Möglichkeit der Herbeiführung des Verzuges durch Verletzung gewisser Duldungspflichten von den betreffenden Schriftstellern

---

[1]) Nach den obigen Ausführungen ist also die herrschende Lehre (Mommsen Bd. III, S. 32, Rehbein S. 118, Z. 106, Schollmeyer S. 125, Anm. 5, Titze S. 41, Endemann S. 749, Anm. 4, Planck S. 96, zu § 284 Z. 9, Wendt S. 68/69), die Verzug bei Unterlassenspflichten für ausgeschlossen erklärt, zu berichtigen. Andererseits sei darauf hingewiesen, daß es auch nicht richtig ist, vom Verzuge zu reden, wie es Paech (S. 21) und Stammler (S. 145 Anm. 3) tun, wenn etwas eine gewisse Zeit hindurch bezw. immer unterlassen werden soll und einmal nicht unterlassen wird. Die Obligation besteht für den Rest der Zeit dann noch fort, ist aber nicht mehr völlig erfüllbar, sodaß teilweise Unmöglichkeit vorliegt.

ebenso bekämpft werden, wenn letztere Fälle bislang behandelt worden wären.

Um zu beweisen, daß die Verletzungen von Unterlassungspflichten nicht Unmöglichkeit der Erfüllung herbeiführen, ist behauptet worden, daß der vom BGB. in § 241 aufgestellte Leistungsbegriff, nach dem die Leistung auch in einer Unterlassung bestehen könne, nicht durchführbar sei, und daß auch das BGB. ihn nicht durchgeführt wissen wolle, sodaß in der Unmöglichkeitslehre des BGB. unter „Leistung" nur eine positiv geartete zu verstehen ist. Aber auch wenn die Regeln über Unmöglichkeit an sich auch auf Unterlassenspflichten Anwendung finden könnten, so seien sie bei Zuwiderhandlungen nicht anwendbar, weil dann ein Fall der Unmöglichkeit nicht vorläge. Im Folgenden wollen wir die geltend gemachten Gründe prüfen.

In seiner Abhandlung „Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassenspflichten" behauptet Pagenkemper[1]), der Begriff des Leistens könne logisch nur mit dem Begriff des positiven Tuns identisch sein; die Subsumierung des Unterlassens und des Tuns unter den Leistungsbegriff sei eine logische Unmöglichkeit, nämlich die Unterstellung zweier einander ausschließender Begriffe, des Negativen und des Positiven, unter einen gemeinschaftlichen Oberbegriff. Diese Ansicht beruht auf einem offenbaren Denkfehler. Wäre sie richtig, so könnte das Leben nicht aus Wachsein und Schlafen bestehen. Der Begriff des Tuns schließt freilich in gewisser Beziehung den Begriff des Unterlassens aus, aber nicht in Bezug auf das Merkmal des Oberbegriffes „Leisten", d. h. in Bezug auf das Verhalten des Schuldners, durch das er seiner Verpflichtung genügt.

Des weiteren behauptet Pagenkemper[2]) im Anschluß an Fischer[3]), die Unhaltbarkeit des vom BGB. aufgestellten Leistungsbegriffes zeige sich auch darin, daß eine eigentliche Zwangsvollstreckung bei Unterlassenspflichten undenkbar sei. Erst wenn eine Zuwiderhandlung erfolgt sei, kämen die in den §§ 890 bis 892 CPO. vorgesehenen Maßregeln zur Anwendung, und zwar müsse zu diesem Zwecke eine besondere Verurteilung erfolgen, sodaß mit dem ursprünglichen Urteil nichts anzufangen wäre.

---

[1]) vgl. Pagenkemper S. 16. [2]) Derselbe S. 18—22.
[3]) vgl. Fischer S. 79—82.

Auf diese Behauptungen ist zu erwidern: So lange eine Zuwiderhandlung nicht erfolgt, genügt der Schuldner seiner Pflicht[1]), eine Zwangsvollstreckung wäre gegenstandslos. Die Zuwiderhandlung selbst läßt sich nicht verhindern, weil das Unterlassen ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist. Auch zu positiven Leistungen, die ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig sind, kann dieser nicht wirklich gezwungen werden (vgl. §§ 887, 888 CPO.). Es läßt sich bei eigentlichen Unterlassenspflichten schließlich nicht verhindern, daß der Schuldner seine Leistung unmöglich macht. Hiervon sollen den Schuldner die Mittel des § 890 CPO. abschrecken. Duldungen einzelner Handlungen können übrigens vom Schuldner gemäß § 892 CPO. direkt erzwungen werden; durch die — nicht verhinderbare — Zuwiderhandlung ist eben nicht Unmöglichkeit der Erfüllung, sondern Verzug eingetreten. Wenn man davon ausgeht, daß die Zwangsvollstreckung bis zur Zuwiderhandlung deswegen nicht erfolgen kann, weil der Verpflichtung genügt wird, zeigt sich der Leistungsbegriff des BGB. auch in der CPO. durchführbar.

Es mag nun Fischer[2]) allerdings mit Recht behaupten, daß die Terminologie des BGB. ein Vergehen gegen den Geist der Sprache darstellt; nichtsdestoweniger muß aber die Auslegung des BGB. in der Weise erfolgen, daß das Wort „Leisten“ in der vom BGB. in § 241 ausdrücklich angegebenen Art aufgefaßt wird.

Ferner wird die Ansicht vertreten, daß das BGB. seinen Leistungsbegriff selbst nicht durchgeführt sehen wolle. Fischer[3]) macht darauf aufmerksam, daß viele Gesetzesbestimmungen nur auf obligationes ad dandum et faciendum zugeschnitten sind, z. B. §§ 264, 269, 271, 293, 362. Dieses ist unbedingt richtig. Staub[4]) und Pagenkemper[5]) haben nun aus diesem Umstande folgern zu können vermeint, daß das BGB. seinen im § 241 aufgestellten Leistungsbegriff selbst nicht durchführen wolle. Dieser Schluß ist aber durchaus unzulässig. Es besteht keine Notwendigkeit, daß die Bestimmungen über die „Leistung“, soweit sie im allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse enthalten sind, bei allen möglichen Arten von Leistungen Anwendung finden

[1]) vgl. Wendt S. 68/69. [2]) vgl. Fischer S. 79.
[3]) vgl. Fischer S. 82. [4]) vgl. Staub S. 9 ff.
[5]) vgl. Pagenkemper S. 23.

können. Vielmehr ist es Aufgabe der Wissenschaft zu erörtern, wie weit ihr Anwendungsgebiet reicht. Es sind auch nicht alle Vorschriften über die „Leistung“ auf sämtliche Fälle positiv gearteter Pflichten anwendbar; z. B. betrifft § 323 nicht die zahlreichen Fälle der Genusschulden, wie sich aus § 279 ergibt, es sei denn, daß die Leistung aus der Gattung überhaupt unmöglich ist. Auch im Familienrechte findet sich ein Beispiel dafür, daß eine gesetzliche Bestimmung einen Begriff ohne Einschränkung verwendet, aber offenbar nicht seinen ganzen Umfang trifft. Es spricht nämlich § 1308 von der elterlichen Einwilligung zur Eingehung der Ehe gegenüber einem „volljährigen Kinde“; der § 1308 betrifft aber, wie sich es aus § 1305 ergibt, nur „für volljährig Erklärte“.

Mithin rechtfertigt der Umstand, daß einige Bestimmungen des BGB. nur Verpflichtungen zu einem Tun betreffen, nicht die Annahme, daß das BGB. seinen in § 241 aufgestellten Leistungsbegriff nicht durchgeführt wissen will.

Pagenkemper[1]) behauptet ferner, daß das BGB. im § 198 die Subsumierung des Unterlassens unter den Leistungsbegriff tatsächlich wieder aufgäbe. Damit, daß es die Verjährung bei Ansprüchen, die auf ein Unterlassen gingen, mit der Zuwiderhandlung beginnen ließe, gäbe es zu, daß nicht der Anspruch auf Unterlassen, sondern die Zuwiderhandlung die Leistungspflicht erzeuge.

Diese Ansicht Pagenkemper's ist irrig. Wie wir schon ausführten, wird, solange keine Zuwiderhandlung erfolgt, der Anspruch auf die Unterlassung erfüllt. Er kann ebenso wenig verjähren wie der Anspruch aus einem Mietsvertrage, bei dem zugleich mit dem Vertragsschlusse die Übergabe der Mietssache erfolgt ist. Erst im Augenblicke der Zuwiderhandlung ist bei Unterlassenspflichten ein obligationswidriger Zustand eingetreten; von jetzt ab ist der Anspruch unerfüllt und kann verjähren. Die Lage ist eben anders wie bei positiven Verpflichtungen, wo der obligationswidrige Zustand den Anfang zu machen pflegt.

Was die Vorschriften über Unmöglichkeit der Erfüllung betrifft, so muß Pagenkemper[2]) selbst zugeben, daß sie keineswegs

---

[1]) vgl. Pagenkemper S. 24.
[2]) vgl. Derselbe S. 57.

die Annahme erfordern, daß erst die Zuwiderhandlung die Leistungspflicht erzeuge. Er sieht aber noch Bedenken[1]) für den Leistungsbegriff des BGB. darin, daß das wichtige Rechtsinstitut des Verzuges auf Unterlassungspflichten nicht passe. Wie wir aber gesehen haben, ließe sich aus letzterem Umstande nichts folgern; außerdem aber ist Verzug bei Duldungspflichten möglich.

Mithin ist eine Undurchführbarkeit des im § 241 aufgestellten Leistungsbegriffes nicht nachweisbar, wie sich ferner auch nicht nachweisen läßt, daß das BGB. seinen Leistungsbegriff selbst nicht durchgeführt wissen wolle. Schließlich aber wendet Staub[2]) noch ein, daß die Erfüllung einer Unterlassungspflicht durch die Zuwiderhandlung garnicht unmöglich würde. „Unmöglich sei nur nach begangener Pflichtverletzung, diese wieder ungeschehen zu machen. Dies sei aber nicht Gegenstand des Vertrages. Bei der Frage, ob die Vertragsleistung unmöglich sei, müsse die Situation ins Auge gefaßt werden, wie sie in dem Zeitpunkt bestände; wo die Frage der Pflichterfüllung an den Verpflichteten heranträte, also die Zeit vor der Pflichtverletzung. Z. B. der Reisende, der sich verpflichtet habe, einen Artikel nicht unter 5 Mark pro Dtzd. zu verkaufen, verhandelt mit einem Kunden. Er könnte das Geschäft machen, wenn er unter 5 Mark verkaufte. Es sei ihm sehr wohl möglich, seine Pflicht nicht zu verletzen; tue er es doch, so habe er eine positive Vertragsverletzung schuldhaft begangen. Deswegen läge aber nicht Unmöglichkeit der Erfüllung vor. Unmöglich sei nur die geschehene Pflichtverletzung ungeschehen zu machen."

Diese Ansicht Staub's ist unrichtig. Staub wählt den Zeitpunkt für die Frage, ob die Erfüllung unmöglich ist, ganz willkürlich[3]). Auf diese Weise kann er nur entscheiden, ob die Verpflichtung zu dem betreffenden Zeitpunkt erfüllbar war, nicht aber, ob sie erfüllbar geblieben ist. Nun besteht aber für die einzelnen Unterlassungen kein bestimmter Termin. Es soll während eines (begrenzten oder unbegrenten) Zeitraumes in gewisser Weise nicht gehandelt werden. Ist es doch geschehen, so ist eben für diese Zeit die Erfüllung unmöglich geworden, wenn sie es selbstver-

[1]) vgl. Derselbe S. 62. [2]) vgl. Staub S. 37 ff.
[3]) vgl. Lehmann S. 72, ferner Kleineidam S. 29.

ständlich auch vorher nicht war. Natürlich macht sich der Zuwiderhandelnde nicht vorher die spätere Erfüllung unmöglich, wie dies bei Verpflichtungen zu einem Tun meist der Fall ist, sondern er macht sich gleichzeitig die Erfüllung unmöglich. Aber das genügt ja. Die Frage des Möglichbleibens der Unterlassenspflicht kann eben niemals vor der Zuwiderhandlung entschieden werden. Staub wählt einen Zeitpunkt zur Beurteilung, von dem aus er unmöglich die Frage beantworten kann, ob die Erfüllung möglich bleiben wird. Bevor der Verpflichtete die Unmöglichkeit verschuldet, ist die Leistung immer möglich.

Es steht mithin fest, daß Zuwiderhandlungen bei Unterlassenspflichten Unmöglichkeit und Verzug erzeugen[1]); wenn man sie also zur Bildung eines besonderen Begriffes der positiven Vertragsverletzungen heranzöge, so wäre dieser Begriff zwiespältig

---

[1]) Zu beachten ist, daß die Unterlassenspflicht häufig nicht den ganzen Inhalt der Verpflichtung bildet, daß daneben noch eine Pflicht zum positiven Tun besteht. In solchen Fällen sind die Regeln über teilweise Unmöglichkeit der Leistung und Teilverzug anwendbar. vgl. den Fall in Entsch. des RG. Bd. 54 S. 286 ff. Ein Verkäufer hatte mit dem Käufer beim Kaufe vereinbart, daß er den betreffenden Artikel keinem andern liefern werde, und hatte es doch getan. Das Reichsgericht meinte: „Die unter Enthaltung „eigener Lieferung in das dem Beklagten reservierte Absatzgebiet ver„sprochene Vertragsleistung konnte durch die von dem Kläger begangene „und nicht mehr ungeschehen zu machende Zuwiderhandlung als im Sinne „des Vertrages unmöglich geworden betrachtet werden."

Gegen diese Auffassung wendet sich Staub (S. 45) mit Recht; es liege keine einheitliche Leistung vor: man denke: der Verkäufer habe im August die Ware übergeben und im Oktober zuwidergehandelt (vgl. auch Lehmann S. 94 ff.).

Vielmehr bestand eine doppelte vertragliche Verpflichtung des Verkäufers, erstens, an den Käufer zu liefern, zweitens, an andere nicht zu liefern. Nur die Erfüllung der letzteren Verpflichtung ist unmöglich geworden. Diese bildete aber einen Teil der vertraglichen Leistung, bei dem Unmöglichkeit der Erfüllung auch das Interesse an der Erfüllung des noch möglichen Teiles erlöschen ließ. Daher war der Käufer nach § 325 Abs. 1 Satz 2 zum Rücktritt berechtigt.

Entsprechend ist bei einem Kauf auf Probe der Käufer, wenn der Verkäufer ihm nicht gemäß § 495 Abs. 2 die Untersuchung gestattet, eventl. gemäß § 326 Abs. 1 Satz 3 zum Rücktritt vom ganzen Vertrage berechtigt, indem die Pflicht zur Duldung der Untersuchung nur einen Teil der vom Verkäufer übernommenen Vertragspflicht bildet.

(Kipp S. 253), da die Fälle der Mangelhaftigkeit der Erfüllung, der andere Teil seines Umfanges, wie wir später noch sehen werden, aber vorausnehmen wollen, nicht durch die Lehre von der Unmöglichkeit und dem Verzuge entschieden werden können[1]). Gleich der erste Fall, den Staub[2]) anführt (jemand verpflichtet sich, die ihm verkauften Lampen nicht nach Frankreich zu verkaufen, tut es aber doch), wird durch die Unmöglichkeitslehre unmittelbar entschieden. Eine positive Vertragsverletzung hingegen liegt dann vor, wenn zwar geleistet wird, aber nur mangelhaft. Sie ist eine Pflichtverletzung durch die Art der Leistung, nicht durch Nichtleistung; es liegt wenigstens überhaupt eine Leistung vor (daher das Wort „positiv"), die allerdings nicht der Leistungspflicht genügt. Und zwar können positive Verletzungen nur bei Verpflichtungen zu einem Tun vorkommen, da bei Unterlassenspflichten mangelhafte Erfüllung undenkbar ist. Ferner können sie nur bei Schuldverträgen vorkommen, nicht auch bei sachen-, familien- und erbrechtlichen Verträgen; bei diesen besteht die durch den Abschluß des Vertrages vollzogene Änderung des bisherigen Rechtszustandes entweder nicht in einer Verpflichtung oder in einer solchen zu einer Willenserklärung (Verlobung verpflichtet zur Eheschließung); mangelhafte Erfüllung kann aber nur bei Verpflichtungen vorkommen, die auf eine nicht in einer Willenserklärung bestehende Tätigkeit lauten.

Die Fälle der mangelhaften Erfüllung haben im speziellen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse vielfache Regelung gefunden; die vorliegende Arbeit beschäftigt sich nun mit der Frage, ob positive Vertragsverletzungen auch nach dem allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse Rechte erzeugen, (die allerdings dem Spezialrecht weichen müßten), und zwar behandelt die vorliegende Arbeit

---

[1]) Ganz im Gegensatz zu unserer Auffassung bezeichnet Heller („Gerichtshalle" 1905 S. 289 ff. und 301 ff.) gerade nur Zuwiderhandlungen bei Unterlassenspflichten als positive Vertragsverletzungen, weil bei ihnen die Vertragsverletzung schon im positiven Handeln allein liege. Heller glaubt für Zuwiderhandeln bei Pflichten zu einem Tun keiner allgemeinen Regelung zu bedürfen und mit dem Spezialrecht auskommen zu können, während wir gerade allgemeine Bestimmungen für Zuwiderhandlungen bei Verpflichtungen zu einem Tun als für „positive Vertragsverletzungen" suchen.

[2]) vgl. Staub S. 5.

die Frage, ob positive Vertragsverletzungen unter Umständen zum Rücktritte berechtigen, wie dies die anderen Arten von Vertragsverletzungen gemäß §§ 325 und 326 tun.

Die Erörterung betrifft nur synallagmatische Verträge, nicht einseitige oder unvollkommen zweiseitige. Bei den letzteren ist ein Rücktritt im Sinne des BGB. derart, daß beide Parteien einander die auf Grund des Vertrages empfangenen Leistungen zurückgewähren (vgl. § 346, der gemäß § 327 auf das gesetzliche Rücktrittsrecht Anwendung findet) undenkbar. Für den Gläubiger wäre das Rücktrittsrecht zwecklos, für den Schuldner eine Handhabe, seiner Verpflichtung ledig zu werden, ohne seinerseits ein Recht aufzugeben[1]).

§ 2.

Das römische Recht.

Im Folgenden wollen wir zunächst einen geschichtlichen Überblick über die Beantwortung der Frage geben, ob positive Vertragsverletzungen zum Rücktritt berechtigen. Hierbei wird die Frage der Entwickelung des Rücktrittsrechts überhaupt zu streifen sein.

Im römischen Rechte gab es eine Anzahl Fälle, in denen ein Recht auf Vertragsauflösung gegeben war, z. B. bei den sogenannten Innominatkontrakten, bei laesio enormis, beim Mietsvertrage, beim Gesellschaftsvertrage, beim Kauf (Wandelung), beim compromissum u. a.[1]) Eine Zusammenfassung unter einem verbindenden Gesichtspunkte fehlte. Dies lag an der Gestaltung des römischen Prozeßwesens. Unter der Herrschaft des Satzes: „omnis condemnatio est pecuniaria“ verschwand der Umstand ganz, daß die Parteien sich die auf Grund des Vertrages erhaltenen Leistungen zurückgewähren sollten. Eine wirkliche Rückgewähr konnte nicht erzwungen werden; die Zwangsvollstreckung ging auf eine Geldforderung, ebenso wie wenn etwa eine Geldforderung eingetrieben werden sollte, die von vornherein eine solche war.

---

[1]) vgl. über diese Frage Littmann S. 26—34, Hoffmann S. 30—34, Steinhauer S. 20.

[1]) vgl. die Zusammenstellungen bei Littmann S. 4—9, Türcke S. 3—15, Hoffmann S. 12—15, Steinhauer S. 23—43, Bartsch S. 6—9, Fiebach S. 3—9.

Eine ziemlich eingehende Behandlung wurde dem vertraglichen Rücktrittsrecht zu teil. Dieses beruhte auf pacta in continenti adjecta, die einem contractus bonae fidei hinzugefügt wurden[1]). Lag keine vertragliche Rücktrittsabrede vor, so wurde, wenn kein Fall der Spezialregelung gegeben war, aus allgemeinen Gesichtspunkten ein Rücktrittsrecht selten gewährt. Ein solcher allgemeiner Gesichtspunkt war, daß der Gläubiger infolge der Vertragsverletzung kein Interesse mehr an der Vertragserfüllung hatte. Unter diesem Gesichtspunkte wurde auch beim Verzuge ein Rücktrittsrecht gewährt[2]): Der Gläubiger hatte das Recht, die Leistung des Schuldners zurückzuweisen, wenn sie infolge des Verzuges kein Interesse für ihn mehr hatte.

Was die mangelhafte Erfüllung betrifft, so konnte auch hier zur Auflösung des Kontrakts die Vertragsklage verwandt werden, wenn eben das Interesse des vertragstreuen Teiles darauf ging, vgl. 1. 11 § 3 D 19, 1: redhibitionem quoque contineri empti iudicio: die Wandlung kann bei Gelegenheit der actio empti mit beansprucht werden[3]). Der Richter durfte, wenn es der bona fides entspricht, auch die Rückgabe der Kaufsache anordnen, eben dann, wenn der Mangel der vertragsmäßigen Eigenschaften ein solcher war, daß er das Interesse des Käufers an dem Geschäft völlig aufhob[4]). Dies mußte er beweisen, während er bei Anstellung der actio redhibitoria sich einfach auf den Mangel berufen durfte. Auch die actio quanti minoris konnte zur Redhibition führen, wenn der verkaufte Sklave gar keinen Wert hatte (1. 25 § 1 D. 44, 2; 1. 43 § 6 D. 21, 1). Allgemein war natürlich nicht ein Rücktrittsrecht für positive Vertragsverletzungen bestimmt, wurde aber eben dann auf Grund der Kontraktsklage gewährt, wenn das Interesse des vertragstreuen Teils auf Rücktritt ging. vgl. 1. 25 § 2 D. 19, 2; 1. 60 pr. D. eod.: Ein Mietsvertrag endigt durch Rücktritt des Mieters wegen Nicht-

[1]) In diem addictio D. 18, 2; lex commissoria D. 18, 3; pactum displicentiae 1. 6 D. 18, 5

[2]) vgl. Windscheid B. II § 280 Anm. 1. Im allgemeinen gewährte der Verzug kein Rücktrittsrecht (vgl. für den Kauf 1. 8 C. 4, 38; 1. 14 C. 4.44, 1. 6 C. 4, 49). Wurde es gewährt, dann war es aber gerade keine der mora eigentümliche Folge (vgl. Mommsen B. III S. 257, 258).

[3]) vgl. Pernice Bd. II Abt. 1 S. 180.

[4]) Seuffert, Bd. 2 § 266 Anm. 3. Windscheid Bd. 2 § 393 Anm. 9, Vangerow, Bd. 3 S. 306, Hanausek, Bd. 1 S. 56

gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs[1]); durch Rücktritt des Vermieters, wenn der Mieter mit dem Mietsobjekt schlecht umgeht[2]). vgl. ferner 1. 14, 15 D. 17, 2: Ein Gesellschafter kann jederzeit die Gesellschaft kündigen[3]), ohne mit der actio pro socio belangt werden zu können, quia conditio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur, ferner: quod ea re frui non liceat, cuius gratis negotiatio suscepta sit (man könnte frei übersetzen: weil der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt wurde). Die Römer sahen keinen Widerspruch darin, daß mit der Vertragsklage auf Auflösung des Vertrages geklagt werden konnte. Wurden doch sogar allmählich auch die pacta adjecta mit der Vertragsklage geltend gemacht[4]).

Entsprechend gewährte das gemeine Recht das Rücktrittsrecht. Vgl. RG. Bd. 23 S. 167 f.: Ein Dienstmietvertrag war in gröbster Weise durch Verhalten des Verpflichteten verletzt worden; infolge dessen habe der Dienstherr das Recht, vom Vertrage zurückzutreten. „Dies stehe zwar nicht allgemein in den Pandekten, folge aber aus dem das Vertragsverhältnis beherrschenden Princip der bona fides“[5]). — Der Grundsatz der Gestattung des Rücktritts, wenn durch Vertragswidrigkeiten das wesentliche Interesse an der Erfüllung des Vertrages verloren gegangen ist, findet sich besonders ausgesprochen in Seufferts Archiv Bd. V S. 270.

§ 3.

Das deutsche Recht.

Zur Zeit der Volksrechte hatte die Vertragsverletzung die Verwirkung einer Strafe zur Folge, die bei den verschiedenen Verträgen naturgemäß verschieden war[6]). Ausgenommen im west-

[1]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 33 Nr. 123.

[2]) vgl. Seufferts Arch. Bd. 2 Nr. 38, Bd. 12 Nr. 265.

[3]) An sich ist allerdings Kündigung und Rücktritt nicht dasselbe (cfr. § 20); hier aber kommt nur die Möglichkeit der Lösung des Vertragsverhältnisses in Betracht, sodaß jener Unterschied nicht beachtet zu werden braucht.

[4]) vgl. Glück, Bd. 16 S. 226 Anm. 37. Ferner 1. 6 D. 18,5; 1. 4. D. 18, 3, 1. 2 Cod. 4, 54.

[5]) vgl. Seufferts Arch. Bd. X No. 42, Bd. XIV No. 228, 276, Bd. XX No. 223, Bd. XXII No. 232, Bd. XXXVII No. 109.

[6]) vgl. Löning S. 132 ff.

gotischen Rechte bestand eine Verpflichtung zur Leistung des Interesses nicht[1]), das auch bei der Bemessung der Strafe nicht berücksichtigt ward. Eine wirkliche Schadensersatzpflicht traf den Schuldner bei mora und nicht ordnungsmäßiger Erfüllung noch im 13. Jahrhundert nicht[2]). Erst allmählich trat neben die Strafe auch die Schadensersatzpflicht[3]); diese war bei fahrlässiger Vertragsverletzung die einzige Folge[4]). Was das Recht betrifft, vom geschlossenen Vertrage wieder abzugehen, so kann man das Reurecht bis zur Vornahme der erforderlichen symbolischen Zeichen nicht als Rücktrittsrecht bezeichnen, da der Vertrag erst in diesem Augenblicke bindend ward. Als Rücktrittsrecht im modernen Sinne läßt sich auch nicht das Recht bezeichnen, vom giltig geschlossenen Vertrage durch Erleiden gewisser Vermögensnachteile (Verlust der arrha, des wadium oder einer sonstigen Anzahlung) vom Vertrage loszukommen[5]). Ein wirkliches Rücktrittsrecht war auch bei dem Verzuge nichlt allgemein anerkannt[6]), sondern wurde nur in gewissen Fällen von einzelnen Partikularrechten gegeben[7]).

Die Gewährung eines Rücktrittsrechtes bei positiven Vertragsverletzungen war dem deutschen Rechte fremd. Bei mangelhafter Erfüllung hatte der vertragstreue Teil in der Regel überhaupt keine Rechte. Vielmehr galt als Grundsatz: „Augen auf, Kauf ist Kauf. Wer die Augen nicht auftut, muß den Beutel auftun. Augen für Geld“[8]). Dieser Grundsatz wurde allerdings bei Viehkäufen durchbrochen, bei denen der Käufer, wenn Hauptmängel vorlagen und innerhalb der Gewährsfrist hervortraten, Wandlung verlangen konnte. Von einer allgemeinen Gewährung des Rücktrittsrechtes im Falle mangelhafter Erfüllung kann im deutschen Recht keine Rede sein.

---

[1]) Desgl. S. 159 ff., Stobbe, Privatrecht Bd. III S. 227.

[2]) vgl. Stobbe, Zur Geschichte des Deutschen Vertragsrechtes S. 32 u. 37 ff.

[3]) vgl. Löning, S. 390, 415, 532.

[4]) Desgl. S. 392, 532.

[5]) Ein solches Recht findet sich in einer Reihe mittelalterlicher Quellen, vgl. Siegel S. 33, Stobbe § 16 (Reurecht und Vertragsschluß), Fiebach S. 11—15.

[6]) Anderer Ansicht ist v. Meibom S. 485 ff.

[7]) vgl. Wiener Stadtrecht Art. 62 Satz 2; ferner Freiburger Stadtrecht von 1520, II, 4 fol. 36 b.

[8]) vgl. Dahn, I. Abt. S. 152.

§ 4.

Das A. L. R.

Untersuchen wir, wie das A. L. R. sich zur Frage der Auflösung des Vertrages bei vertragswidrigem Verhalten des Schuldners stellte. Grundsätzlich war es der Gewährung des Rücktrittsrechts abhold. § 393 I 5 bestimmte: Die von einer Seite geweigerte oder nicht gehörig geleistete Erfüllung des Vertrages berechtigt den andern in der Regel noch nicht, vom Vertrage selbst wieder abzugehen; § 394: Vielmehr steht ihm nur frei, den Gegenteil zu der versprochenen Erfüllung und zu der nach den Gesetzen ihm zukommenden Entschädigung durch den Richter anzuhalten“ [1]). Diese Prinzipien wurden aber von den §§ 396 und 399 I 5 in erheblicher Weise durchbrochen: der eine Teil behauptet, daß der andere seine Verbindlichkeit nicht gehörig erfüllt habe oder solchergestalt nicht erfüllen könne, und weigert deswegen die Erfüllung seiner eigenen Verbindlichkeit. Der Weigerungsgrund muß gerichtlich untersucht werden. Wird er durch ein rechtskräftiges Urteil für erheblich erachtet, so kann der Weigernde von dem Vertrage ganz abgehen. Wird die Begründung des Weigernden verworfen, so kann der andere auf Erfüllung bestehen oder seinerseits zurücktreten (§ 397). Hat das Urteil erster Instanz die Weigerung für unberechtigt erklärt, so kann der andere sofort zurücktreten (§ 406) und so „dem Verurteilten oder Abgewiesenen die weitere Verfolgung des materiellen Rechts geradezu abschneiden“ [2]).

Besonders scharfe Rechtsbehelfe erschienen notwendig bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind. Der Anspruch auf Erfüllung ist einem Widerwilligen gegenüber schwer durchführbar, ferner eine genaue Umwertung des Leistungsgegenstandes in Geldersatz nicht immer möglich. Darum bestimmte § 408 I 5: Bei Verträgen, deren Hauptgegenstand Handlungen sind, kann derjenige, welcher behauptet, daß der andere die Erfüllung bisher nicht kontraktmäßig geleistet habe oder solchergestalt nicht leisten könne, zwar sofort auf seine Gefahr von dem Vertrage wieder abgehen.“ Welche Verträge gemeint sind, ergibt sich

[1]) vgl. auch § 231 I 11. Ausnahmen von dieser Regel in §§ 207, 229, 230, 938, 1001 I 11.

[2]) Förster-Eccius, Bd. I S. 532.

aus §§ 869 ff I 11. Das Recht aus § 408 I 5 gründet sich auf die bloße Behauptung vertragswidrigen Verhaltens[1]). Die auf diese Behauptung gestützte Erklärung hebt den Vertrag auf; eine Angabe des Grundes wird erst bei der gerichtlichen Erörterung notwendig[2]). Wer seine Erklärung abgegeben hat, kann zur Vertragserfüllung nicht mehr angehalten werden[3]). Wenn er allerdings keinen triftigen Grund anzugeben weiß, ist er schadenersatzpflichtig (§ 409). Als Entschädigung kann in erster Reihe die vereinbarte Gegenleistung in Ansatz gebracht werden[4]). Im andern Falle erwirbt er einen Entschädigungsanspruch (§ 410). Diese Ersatzpflichten zeigen, daß von einem Rücktritt im strengen Sinne nicht die Rede ist, denn sie sind die Wirkungen, die der Vertrag noch behält[5]).

§ 408 fand ein weites Anwendungsgebiet auch in Fällen, wo Handlungen nur neben einem andern Hauptgegenstande des Vertrages in Betracht kamen, so wenn bei Gutsüberlassungsverträgen die versprochene liebevolle Behandlung nicht gewährt wurde. Dieser vom Obertribunal als Präjudiz Nr. 2066 formulierte Rechtssatz (Erkenntnis vom 3. Okt. 1848) wurde jedoch mit der Zeit wieder verlassen[6]).

Für Verträge, wodurch Sachen gegen Handlungen und Handlungen gegen einander versprochen werden, galt die Bestimmung des § 878 I 11: „Wenn aber der eine Teil die versprochene Erfüllung weigert, so kann der andere von dem Vertrage sofort zurücktreten.“ Nach der einen Ansicht war § 878 nur eine Wiederholung von § 408 I 5[7]), sodaß die bloße Behauptung der Weigerung des anderen zum Rücktritt berechtigte, freilich mit der Gefahr, ihn entschädigen zu müssen. Es genüge zur Rechtfertigung des Rücktritts vom Vertrage die bloße, wenn auch unbegründete Behauptung, daß der andere den Vertrag nicht erfüllt habe oder nicht erfüllen könne oder ihn zu erfüllen weigere. Nach anderer Ansicht genügte die unbegründete Behauptung einer stattgehabten

[1]) Koch S. 280.
[2]) vgl. Entsch. d. Ob. Tr. Bd. 65 S. 177 ff.
[3]) Striethorst's Arch. Bd. 4 S. 1.
[4]) Striethorst's Arch. Bd. 89 S. 22.
[5]) Förster-Eccius S. 531.
[6]) Entsch. d. Ob. Tr. Bd. 60 S. 8 ff.
[7]) vgl. Koch S. 960, Gruchot in seinen Beitr. Bd. III S. 159.

Erfüllungsweigerung nicht[1]). — Es brauchte keine ausdrückliche Weigerung erfolgt zu sein; ihr stand die bisher nicht kontraktmäßig erfolgte Leistung gleich[2]).

Es sei noch auf die §§ 947 I 11 und 952 I 11 aufmerksam gemacht. Gemäß § 947 konnte der Besteller beim Werkvertrage vom Kontrakte abgehen, wenn das Werk „untüchtig befunden wird", und dies gemäß § 952 bei Werken, die „zur Pracht und Zierde" bestimmt sind, schon dann, wenn in der äußerlichen Gestalt und Form derselben ein erheblicher Fehler begangen worden ist, mag auch dieser den Gebrauch der Sache an sich nicht hindern.

§ 5.

Der code civil.

Untersuchen wir nun, welche Regelung die von uns behandelte Frage im Gebiete des code civil gefunden hat, nach dessen Rechte bis zum 1. Januar 1900 etwa 8 Millionen Deutsche lebten.

Der code civil gibt bei Nichterfüllung des Vertrages in der Regel kein Rücktrittsrecht[3]). Dafür enthält Art. 1184 folgende wichtige Bestimmung: „La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été executé, a le choix ou de forcer l'autre à lexécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

Hier ist dem vertragstreuen Teil ein scharfer Rechtsbehelf gegeben[4]). Aber es wurde auch den Rücksichten, die der Gegner verlangen kann, Rechnung getragen; obwohl der Vertrag als durch vertragswidriges Verhalten auflösend bedingt gilt und die auflösende Bedingung in Art. 1183 als diejenige definiert wird, deren Eintritt (lorsqu'elle s'accomplit) die Aufhebung des Vertrages

[1]) Entsch. d. Ob. Tr. Bd. 14 S. 150, Striethorst's Archiv Bd. 20 S. 240.
[2]) vgl. Striethorst's Archiv Bd. 18 S. 259.
[3]) vgl. Art. 1146—1155.
[4]) Für synallagmatische Vertr. und nur für solche (RG. B. 3 S. 350 ff.).

bewirkt, so muß doch der vertragstreue Teil auf Auflösung des Vertrages klagen[1])[2]). Das Gericht kann dem Säumigen eine Nachfrist gewähren. Allerdings ist eine Klage dann nicht erforderlich, wenn der, der den Vertrag verletzt hat, zur freiwilligen Auflösung des Vertrages bereit ist[3]). Bei der Gewährung des Rücktrittsrechts ist zu prüfen, ob anzunehmen ist, es sei in der Tat eine Bedingung des Vertrages nicht erfüllt. Es fragt sich, ob der Gegner, wenn er diesen Mangel der Erfüllung vorausgesehen hätte, den Vertrag geschlossen haben würde. Ist der Mangel nicht ein solcher, so bleibt der Vertrag an sich bestehen, nur Verpflichtung zum Schadensersatz bezw. zur Preisminderung tritt ein[4]). Daß Art. 1184 auch für positive Vertragsverletzungen anwendbar ist, dafür gibt ein Beispiel RG. Bd. I S. 56 ff. „Bei einem Successivlieferungsvertrage hatte der Verkäufer zwar zwei Lieferungen betätigt, jedoch nicht vertragsmäßig, und zudem bestimmt erklärt, fehlerfreie Ware auch in' Zukunft nicht liefern zu wollen. Das Reichsgericht hält einen Verzug weder betreffs der bereits gelieferten noch der ausstehenden Lieferungen für vorliegend (gemäß Art. 1139 des bad. LR. = Art. 1139 Code civil). Daher könne auch nicht von dem Rücktrittsrechte des Art. 355 HGB. (a. F.) die Rede sein. Dagegen sei Art. 1184 des LR. (C. c.) heranzuziehen und hiernach die Auflösungsklage gegeben; dieser verlange nicht wie die Klage auf Schadensersatz Inverzugsetzung (Art. 1146 LR.). Es genüge zu ihrer Begründung, daß der Zeitpunkt, wo der Gegner erfüllen sollte, eingetreten wäre, diese Erfüllung aber nicht in gehöriger Weise erfolgt sei."

§ 6.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen.

Überblicken wir kurz die interessierenden Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen vom 2. Januar 1863.

---

[1]) Geltendmachung im Wege d. Einrede genügte nicht, RG. Bd. 17, S. 306.

[2]) Mit dem französischen Recht stimmt übrigens im wesentlichen das niederländische, spanische und italienische Recht überein, vgl. Türcke S. 29 - 30.

[3]) vgl. Kretschmar, S. 208, ferner RG. Bd. 26, S. 359.

[4]) vgl. RG. Bd. I S. 217 ff.

§ 864 bestimmte: „Man kann nicht einseitig von einem Vertrage zurücktreten und dessen Erfüllung verweigern, weil der Gegner noch nicht erfüllt habe . . . ., ausgenommen, wenn eine besondere Verabredung oder gesetzliche Bestimmung dazu berechtigt“ [1]). Ein solches gesetzliches Rücktrittsrecht bei Vertragsverletzungen gab z. B. § 1241 dem Dienstberechtigten bei Untreue, grober Fahrlässigkeit und anderen Gründen, § 1242 dem Dienstleistenden, wenn er trotz Mahnung die fällige Gegenleistung nicht erhielt. Außerdem kamen Art. 354—56 des HGB. (a. F.) in Betracht, ferner § 18 (jetzt § 20) der Konkurs-Ordnung vom 10. Februar 1877. Weiterhin gab § 865 BGB. bei Nichterfüllung von Fixgeschäften und solchen, deren Erfüllung bis zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen sollte, dem anderen Teile das Recht, vom Vertrage zurückzutreten und das etwa Geleistete zurückzufordern. Verzug und verschuldete Unmöglichkeit gaben dem vertragstreuen Teil nur das Recht auf Schadensersatz. (BGB. §§ 721 und 733 ff.). — Von einem allgemeinen Rücktrittsrecht bei ernstlichen positiven Vertragsverletzungen war keine Rede.

§ 7.

Das alte HGB.

Das Handelsgesetzbuch von 1861 brachte einen wichtigen Fortschritt in der Entwickelung des Rücktrittsrechts. Es gab in Art. 354, auch ohne daß das Interesse an der Vertragserfüllung erloschen zu sein brauchte, dem Verkäufer ein Rücktrittsrecht, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge und die Ware noch nicht übergeben war. War der Verkäufer mit der Übergabe der Ware im Verzuge, so hatte der Käufer das Rücktrittsrecht, ohne Unterschied, ob er seinerseits geleistet hatte oder nicht (Art. 355). Wer vom Vertrage abgehen wollte, mußte dies dem andern Kontrahenten anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäfts es zuließ, eine angemessene Nachfrist zur Nachholung des Versäumten gewähren (Art. 356).

Der Dresdener Entwurf eines deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse wollte in Art. 305 bestimmen: „Ist infolge des Ver-

[1]) Ebenso vertritt das österreichische bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811 im § 919, Th. II Hpst. 17 das Prinzip des Erfüllungszwanges.

zuges des Schuldners dem Gläubiger die Leistung nutzlos geworden, so kann dieser unbeschadet des Anspruchs auf weiteren Schadensersatz die Annahme der Leistung verweigern und die Gegenleistung zurückhalten und, wenn er sie schon gewährt hat, zurückfordern."

Bei erheblich mangelhafter Erfüllung gewährte weder das alte HGB. noch der Dresdener Entwurf ein Rücktrittsrecht.

Die Behandlung der Frage im BGB.

§ 8.

Einleitung.

Wir haben bei der geschichtlichen Übersicht gesehen, daß im römischen Rechte die Weitherzigkeit in der Anwendung der Kontraktsklage bei bonae fidei iudicia die Rescission auf Grund auch von positiven Vertragsverletzungen ermöglichte. Auch das ALR. bot weitgehende, eigentümlich gestaltete Rechtsbehelfe, um vom Vertrage loszukommen. Am günstigsten ist die Regelung des Code civil. Betrachten wir das BGB. vom 18. August 1896, so finden wir, daß dieses Gesetzbuch nirgends den allgemeinen Satz ausspricht, daß schuldhafte Verletzung von Vertragspflichten unter Umständen den anderen zum Rücktritt berechtigen kann. Vielmehr berechtigt bei gegenseitigen Verträgen vertragswidriges Verhalten den andern zum Rücktritt in zwei besonders angeführten Fällen, nämlich einmal die verschuldete Unmöglichkeit der Leistung gemäß § 325, andermal der Leistungsverzug gemäß § 326 mit der Maßgabe, daß sofortiger Rücktritt gestattet ist, wenn die nachgeholte Leistung kein Interesse mehr hätte, in allen anderen Fällen nur dann, wenn die Leistung nicht innerhalb einer gesetzten Nachfrist erfolgt ist. Diese Regelung der schuldhaften Vertragsverletzungen hielten die Redaktoren selbst wohl für erschöpfend [1]), indem sie — unter dem Einfluß von Mommsens Beiträgen zum Obligationenrecht — glaubten, daß alle Rechtsverletzungsakte, soweit sie nicht Verzug begründeten, in den Rahmen der Unmöglichkeit fielen. Wie wir aber schon in der Einleitung dieser Abhandlung hervorhoben, sind die positiven Vertragsverletzungen eine dritte Art von Vertragsverletzungen neben dem Verzuge und der Un-

[1]) Vgl. RG. Bd. 54 S. 102.

möglichkeit der Erfüllung[1]). Ließen sie sich übrigens durch die Lehre vom Verzug und der Unmöglichkeit regeln, so wäre ihr ganzer Begriff überflüssig, ebenso wie Zuwiderhandlungen bei Unterlassenspflichten nicht zur Bildung eines besonderen Begriffs von Vertragsverletzungen neben Unmöglichkeit und Verzug herangezogen werden konnten. Wie wir vorher erwähnen wollen, ist eine Regelung der positiven Vertragsverletzungen durch Anwendung der Lehre von der Unmöglichkeit und dem Verzuge nicht möglich. Im Folgenden sollen die einzelnen Versuche, das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen zu begründen, erörtert werden, und zwar zuerst diejenigen, welche die Lösung unmittelbar dem Gesetze entnehmen; hierunter fallen die Versuche, die Lehre von der Unmöglichkeit direkt anzuwenden, die, wenn sie erfolgreich wären, eigentlich den Begriff der positiven Vertragsverletzungen überflüssig machten. Sodann sind die Versuche zu betrachten, die Lösung nicht unmittelbar dem Gesetze zu entnehmen, sondern im Wege der Gesetzesanalogie und freien Lückenausfüllung zu finden. Schließlich soll die Lösung behandelt werden.

§ 9.

Einen Versuch, das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen durch die Lehre von der Unmöglichkeit der Erfüllung zu begründen, machen Goldmann-Lilienthal[2]). Sie verwenden den Begriff der Unmöglichkeit in ausgedehnter Weise. Die Unmöglichkeit könne in Bezug auf jeden Bestandteil der Verbindlichkeit eintreten, auf den Gegenstand, die Zeit und den Ort der Leistung. Es sei also Verzug ein Fall der Unmöglichkeit, und zwar liege teilweise Unmöglichkeit vor, teilweise insofern, als die Leistung nur hinsichtlich der Modalität Zeit, nicht aber hinsichtlich des Gegenstandes und der Modalität Ort unmöglich

[1]) Es mögen hier noch einige von Staub (S. 18) angeführte Beispiele für positive Vertragsverletzungen erwähnt werden: Ein Agent gibt aus Nachlässigkeit unrichtige Berichte über die Solvenz eines von ihm gewonnenen Kunden; ein Kommis verkauft aus Fahrlässigkeit weit unterm Einkaufspreise; ein zur Aufstellung der Bilanz bestimmter Gesellschafter stellt eine falsche Bilanz auf; eine Brauerei, die sich einem Gastwirte zu Bierlieferungen verpflichtet hat, liefert fortgesetzt schlechtes Bier.

[2]) Goldmann-Lilienthal, S. 333.

würde. (Dieser Ansicht, daß die Nichtbewirkung der Leistung am Fälligkeitstermine die vollständige Erfüllung der Verpflichtung unmöglich mache und teilweise Unmöglichkeit herbeiführe, vertritt neuerdings besonders Titze, S. 33)[1]. Indem Goldmann-Lilienthal von diesem weitgefaßten Begriff der Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ausgehen, halten sie, wenn die geschuldete Sache oder Leistung nicht von vertragsmäßiger Beschaffenheit ist, die vertragsmäßige für unmöglich geworden zu der nach dem Vertrag festgesetzten Zeit, auch wenn sie später gegenständlich noch erfolgen könne. Verzug liege aber nicht vor, da geleistet sei, vielmehr eine andere Art der teilweisen Unmöglichkeit in Bezug auf die Zeit. Als Beispiel führen Goldmann-Lilienthal an[2]: der Verkäufer liefert mangelhafte Ware, ein Beauftragter gibt nicht die gemäß § 665 erforderliche Nachricht, ein Gesellschafter stellt eine falsche Bilanz auf. Die Nachholung der vertragsmäßigen Leistung sei hier möglich, wenn auch nur in Bezug auf den Gegenstand und Ort. Goldmann-Lilienthal deuten auch an, daß auch Fälle denkbar seien, wo es sich nicht nur um eine zeitweise Unmöglichkeit handele, ein Nachholen nicht möglich wäre, z. B. eine Spinnerei stellt aus der ihr übergebenen Wolle ein Garn von verkehrter Stärke her[3].

Goldmann-Lilienthal gehen nur darauf hinaus, die Schadensersatzpflicht bei positiven Vertragsverletzungen zu begründen. Da sie aber zur Anwendbarkeit des § 325 gelangen, so ist ihre Ansicht auch für die Frage des Rücktrittsrechts zu berücksichtigen. Sie würden den Rücktritt wohl gestatten, wenn die teilweise Unmöglichkeit das Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages erlöschen ließe.

Es ist zunächst zu bemerken, daß wenn ein Beauftragter gemäß § 665 die erforderliche Nachricht nicht gibt, Teilverzug vorliegt[4]. Im übrigen liegt eine „Überspannung des rechtlichen Be-

---

[1]) Vgl. die Definition Titzes vom Verzuge S. 41 und Plancks Erläut. zu § 286 Anm. 1, ferner Motive, Bd. 2 S. 56, auch Neumann, Anm. II zu § 275.

[2]) Vgl. Goldmann-Lilienthal, S. 333, Anm. 13.

[3]) Vgl. Kipp, S. 253.

[4]) Denn eine Mahnung kann vom Gläubiger in allen Fällen, in denen er von der Entstehung der Verpflichtung und der Verzögerung in der Er-

griffs der Unmöglichkeit der Leistung vor, welche mit dem System des BGB. und der natürlichen Auffassung der Dinge nicht mehr in Einklang steht, auch den Anschauungen des Verkehrs und des Rechtsbewußtseins widerspricht" (so Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 65, über die neuerdings vertretenen Unmöglichkeitstheorien). Es heißt den Begriff der teilweisen Unmöglichkeit sehr zwiespältig fassen, wenn man darunter bald eine Unmöglichkeit der Erfüllung in Bezug auf einen ganzen Bestandteil der Leistung, die Zeit, bald auf den Teil eines Bestandteils, des Gegenstandes bezieht. Bei dieser Auffassung wäre § 286 überflüssig. Die Ersatzpflicht in Abs. 1 würde sich aus § 280 Abs. 1 ergeben, das Recht, die Leistung aus mangelndem Interesse abzulehnen (§ 286 Abs. 2) wäre auch dadurch begründet, daß der noch mögliche Teil der Leistung kein Interesse hätte (§ 280 Abs. 2). Die Erwähnung dieser Verzugsfolgen wäre eine Tautologie; da diese dem Gesetz nicht zuzutrauen ist, darf eben teilweise Unmöglichkeit nicht angenommen werden, wenn die Leistung nicht zur Zeit erfolgt. Dadurch, daß das Gesetz ein besonderes Institut des Verzuges kennt, zeigt es, daß es in der Vertragsverletzung in Bezug auf das Zeitmoment keine Unmöglichkeit der Erfüllung sieht. Demgemäß kann die Verletzung bezüglich des Zeitmoments auch bei mangelhafter Erfüllung keine Unmöglichkeit begründen. Wie wir in der Einleitung dieser Abhandlung bemerkten[1]), kann Unmöglichkeit der Erfüllung nur bei Verletzung bezüglich des Gegenstands der Leistung eintreten. Wenn die mangelhafte Leistung wirklich die vertragsmäßige in Bezug auf den Gegenstand unmöglich macht, so ist dies ein Zufallsergebnis. Es folgt aus dem Umstande im konkreten Falle, daß die vertragswidrige Leistung eine derartige Einwirkung auf die Substanz des Leistungsgegenstandes hatte, die nicht mehr rückgängig zu machen ist[2]). Daß in vereinzelten Fällen auch die Regeln über Unmöglichkeit Anwendung finden können, bringt uns der Lösung der Frage höchstens

füllung gar keine Kenntnis hat, nicht verlangt werden. Vgl. Schöller, S. 25 Anm. 28 (bei Gruchot, Bd. 46). Ähnlich wie der Fall des § 665, S. 2 liegt der Fall des § 650 Abs. 2, § 666 und § 789, S. 1.

[1]) Vgl. S. 2.

[2]) cfr. das schon angeführte Beispiel Kipp's, S. 253; oder: der Schneider verschneidet den vom Kunden gelieferten Stoff gänzlich u. s. w.

insofern näher, als wir einen Anhaltspunkt für deren Ergebnis haben. Dies muß für jene Fälle dasselbe sein wie bei Anwendung der Unmöglichkeitslehre, weil sonst nach Laune bald diese, bald jene Regelung anwendbar wäre.

Die Lösung von Goldmann-Lilienthal ist gekünstelt, weil sie den § 325 verwenden will, ohne daß infolge der Unmögkeit die Leitung zu unterbleiben braucht. Dies setzt aber das unbefangene Urteil für die Anwendung des § 325 voraus, im Gegensatz zu dem nachfolgenden § 326, wo die Leistung nur verzögert wird. Die Theorie von Goldmann-Lilienthal führt aber in den Fällen überhaupt zu keinem Ergebnis, in denen der Schuldner nur verpflichtet ist, innerhalb einer gewissen Zeit bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zu leisten. Wenn er bereits vor Ablauf der Frist mangelhaft leistet, so wird niemand behaupten können, daß (wenn nicht gerade auf den Leistungsgegenstand in nicht wieder gut zu machender Weise eingewirkt ist) die Leistung unmöglich geworden ist. Aber man wird doch einem Gastwirt dieselben Rechte zugestehen, dem eine Brauerei, die ihm zur Bierlieferung zwischen 1. und 5. jeden Monats verpflichtet ist, am 1. mangelhaft liefert, wie dem Gastwirt, dem schon am 1. geliefert werden muß und mangelhaft geliefert wird. Und doch ist im ersten Falle der Brauerei nicht einmal die Lieferung zur vertraglich festgesetzten Zeit unmöglich geworden. Hier hat doch sicherlich die mangelhafte Leistung die vertragsmäßige nicht unmöglich gemacht. Das ist doch auch nach Ansicht von Goldmann-Lilienthal erst durch Ablauf der Frist geschehen, sodaß sie eigentlich nur Verzug annehmen könnten. Aber davon sind sie ja selbst weit entfernt[1]).

Aus alldem ergibt sich, daß die Lehre von Goldmann-Lilienthal gekünstelt und falsch ist[2]).

§ 10.

Die Theorie von Schöller (Gruchots Beiträge, Bd. 46, S. 27f.) geht ebenfalls auf eine direkte Anwendung des § 325 hinaus und zeigt insofern eine gewisse Ähnlichkeit mit der von Goldmann-Lilienthal. Schöller behandelt eigentlich nur die Schadens-

[1]) Vgl. Goldmann-Lilienthal, S. 334 Anm. 13.

[2]) Vgl. auch das Beispiel von Staub, S. 10/11, — allerdings für die Schadensersatzpflicht bei positiven Vertragsverletzungen.

ersatzpflicht bei positiven Vertragsverletzungen; da er aber zur Anwendung des § 325 BGB. gelangt, so muß seine Theorie, wenn richtig, auch das Rücktrittsrecht begründen können. Er führt aus: Es könnte scheinen, als ob bei positiven Vertragsverletzungen ein Unterlassen der geschuldeten Leistung mit einem nicht vertragsmäßigen Handeln konkurriere, wobei letzteres außerhalb des Vertrages stehe, höchstens Folgen nach deliktischen Grundsätzen haben könne, sodaß einfach Verzug vorläge. Diese Anschauung sei aber unhaltbar. Denn nicht vertragsmäßiges Handeln berühre insofern den Vertrag, als eine Vertragspflicht bestände, vertragswidriges Handeln zu unterlassen. Der Schuldner solle nicht nur erfüllen, sondern auch alles unterlassen, was der Erreichung des Obligationszweckes schädlich wäre. Der Vertrag würde nicht erfüllt werden, wenn der Gläubiger aus Unkenntnis der Mangelhaftigkeit der Erfüllung nicht auf fehlerloser Leistung bestände. Daher handele der Schuldner bei positiven Vertragsverletzungen seiner Pflicht entgegen, solche zu unterlassen. Die Erfüllung dieser Unterlassenspflicht sei ihm unmöglich geworden und daher § 325 anwendbar[1]).

Wenn Staub[2]) gegen diese Konstruktion einwendet, daß die Regeln über Verzug und Unmöglichkeit nur auf Verpflichtungen zu einem Tun anwendbar seien, so ist dies bereits widerlegt. Wichtiger aber ist die Frage, ob es wirklich eine derartige Unterlassenspflicht gibt. Auch Lehmann[3]) verteidigt eine solche: „Da der Schuldner alle Kräfte in den Dienst der Obligation stellen muß, wie es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern, muß er alles unterlassen, was die Erreichung des Obligationszweckes gefährden oder vereiteln könnte. Letzteres ist auch bei mangelhafter Erfüllung der Fall, die auch der Vertragspflicht widerspricht."

Diese Ansicht von dem Bestehen einer Unterlassenspflicht ist nicht frei von Künstelei. Gegenstand der Leistung ist doch nun einmal ein positives Tun. Auf Grund der mangelhaften Er-

[1]) Diese Unterlassenspflicht kann natürlich immer nur teilweise verletzt werden. Ein Rücktrittsrecht würde Schöller wohl dann annehmen wenn kein Interesse mehr an der Vertragserfüllung besteht.

[2]) Staub, S. 14.

[3]) Lehmann, S. 67.

füllung macht doch der Gläubiger seine Rechte geltend, nicht auf Grund der Verletzung der Unterlassungspflicht. Daß eine gewisse Unterlassenspflicht des Schuldners konstruierbar ist, läßt sich kaum bestreiten, aber sie ist nicht unmittelbarer Inhalt der Verpflichtung, und erst eine Folge der Pflicht zu positivem Tun, sie ist eine Nebenpflicht sekundären Inhalts, erweitert nur den Inhalt der positiven Leistungspflicht nach Treu und Glauben; aber die Möglichkeit oder Unmöglichkeit ihrer Erfüllung kann nicht die Formel sein, in der wir das Schicksal der positiven Hauptleistung betrachten[1]). Vielmehr ist deren Schicksal entscheidend[2]). Schöller selbst gibt zu[3]): „Das Gesetz zwänge zu mehr oder zu weniger künstlichen Konstruktionen, um die rechtlichen Vorgänge in das Prokrustesbett des Gesetztextes, der den Schadenersatz nur als Folge verschuldeter Verzögerung oder Unmöglichkeit der Leistung kenne, einzuzwängen."

In diesen Worten liegt ein Eingeständnis, daß diese Lösung dem Sinne des Gesetzes nicht entspricht und den eigentlichen Kern der Frage gar nicht trifft. Wäre Schöller's Ansicht richtig, so müßte jede Vertragsverletzung Unmöglichkeit der Erfüllung erzeugen, da Vertragsverletzungen zu unterlassen sind.

Hervorzuheben ist endlich, daß derartige Unterlassenspflichten nicht Gegenstand der Vertragsverpflichtung, sondern gesetzliche Folge des Vertragsschlusses sind, sodaß durch Zuwiderhandlungen nicht eigentlich die Erfüllung des Vertrages (wenigstens in der Regel), sondern die Beobachtung der (unausgesprochenen) gesetzlichen Bestimmungen unmöglich wird. Jedenfalls aber kann man die mangelhafte Erfüllung ebensowenig als einen Fall ihrer Unmöglichkeit auffassen wie letztere als einen Fall des Verzuges.

§ 11.

Es sind also die Versuche gescheitert, positive Vertragsverletzungen als Unmöglichkeit der Erfüllung bewirkend zu betrachten.

---

[1]) Vgl. Lehmann, S. 67 und 77.

[2]) Auch RG. Bd. 54, S. 101 bestreitet, daß „die Erfüllung solcher, aus dem Wesen der obligatorischen Verbindlichkeit folgenden Unterlassungspflichten stets ein Teil der dem Verletzenden obliegenden Leistungen im Sinne des § 325 sei". Vgl. ferner Heller, S. 289.

[3]) Vgl. Schöller, S. 26.

Daß sie Verzug der Leistung herbeiführen ist undenkbar, denn wie auch Schöller bei Begründung seiner Theorie ausführt, kann man bei mangelhafter Erfüllung nicht sagen, die vertragsmäßige wäre nicht bewirkt, die bewirkte stehe ganz außerhalb des Vertrages. Mithin steht fest, daß die mangelhafte Erfüllung als selbständige Art der Verletzung neben der Unmöglichkeit des Verzuges zu betrachten ist. Ein letzter Versuch, den Dernburg macht, die Lösung unmittelbar aus dem Gesetze abzuleiten, rührt an der Natur der mangelhaften Erfüllung als selbständiger Art von Vertragsverletzungen nicht.

Ausgehend von dem Gedanken, daß positive Vertragsverletzungen zum Schadenersatz verpflichten, meint Dernburg[1]), die Beseitigung des Schadens könne sehr wohl auch durch Rücktritt vom ganzen Vertrage erfolgen, wenn er eben in anderer Weise nicht beseitigt werden könne. Bei dieser Gelegenheit müssen wir die Frage des Schadenersatzes bei positiven Vertragsverletzungen kurz besprechen, die ja überhaupt von größter Wichtigkeit ist und im Hintergrunde der Lehre vom Rücktrittsrecht steht. Die Art, wie wir diese Frage beantworten, wird uns den Weg zeigen, für die Lösung der Frage des Rücktrittsrechts.

Die Begründung dieser Ersatzpflicht geschieht in mannigfacher Weise. Die Theorien von Goldmann-Lilienthal und Schöller, welche in der Anwendbarkeit der §§ 280 und 325 gipfeln, haben wir bereits widerlegt. Eine andere Gruppe von Schriftstellern beruft sich auf die Bestimmung des § 276: „Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten.“ Hierzu bemerkt Crome (S. 65): „Der Inhalt der Verpflichtung beschränkt sich meist darauf, daß ein gewisses Maß von Sorgfalt auf die Erfüllung verwendet werde. Deren Außerachtlassung (Vorsatz, Fahrlässigkeit) macht also schadenersatzpflichtig (BGB. § 276)[2]).“ Ähnlich auch Düringer-Hachenburg[3]): „Wenn diese im § 276 bestimmte Verantwortlichkeit überhaupt einen Inhalt haben soll, so kann es nur der der Schadenersatzpflicht sein. Man kann nicht annehmen, daß das Gesetz eine Verantwortlichkeit zwar normiert,

[1]) Vgl. Dernburg, Deutsche Juristenzeitung 1903, S. 5.
[2]) Vgl. Dernburg, DJZ. 1903, S. 2/3.
[3]) Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 71.

ihr aber keinen Inhalt verleiht“ [1]). Diese Begründung ist vielfach und mit Recht bekämpft worden [2]). § 276 gibt eben nur eine Definition der civilrechtlichen Schuld. Er sagt, was zu vertreten ist, aber nicht wie. In den §§ 459 –462 hat die Vertretungspflicht das Recht der Wandlung oder Minderung des Käufers zum Inhalt. Hieße „Vertreten“ schadensersatzpflichtig sein, so enthielten § 280 Abs. 1 und § 286 Abs. 1 zusammen mit § 276 eine Tautologie.

In Wahrheit erwächst dem, der etwas zu vertreten hat, nach den Regeln des konkreten Falles eine gewisse Pflicht, die oft in der Pflicht zum Schadenersatz bestehen kann, es aber begrifflich nicht zu tun braucht.. So sagt denn auch Kipp [3]) mit Recht, daß § 276 eine sichere Grundlage der Entscheidung nicht enthielte. Kipp schlägt eine andere Lösung vor: „Dieselben Umstände, die der Schuldner zu vertreten hat, — und zwar im Sinn der Schadensersatzpflicht — wenn er sich die Leistung unmöglich macht, eben dieselben hat er in gleichem Sinne zu vertreten, wenn er durch fehlerhafte Erfüllungshandlungen den Gläubiger schädigt.“ Diese Ansicht ist nicht zu billigen [4]); denn § 276 gibt nicht nur für den Fall der Unmöglichkeit den Umfang der Vertretungspflicht an, sondern ganz allgemein. (Vgl. §§ 254, 278, 285, 463). Es müßte somit der Fall fehlerhafter Erfüllungshandlungen analog dem Falle der Unmöglichkeit behandelt werden, was nicht angeht, da die Tatsachen, welche rechtsähnlich behandelt werden sollen, keine Ähnlichkeit haben.

Daß Verletzungen der Vertragspflichten unter § 823 Abs. 1 fallen, ist nicht anzunehmen, da „Recht“ nicht obligatorisches Recht bedeutet [5]). Wir würden auch bei Bejahung der Frage keine Lösung der Frage finden, ob eine vertragliche Haftung stattfindet. Wenn wir auch annehmen, daß neben der Kontrakthaftung auch eine Haftung nach Deliktsgrundsätzen stattfindet, so ist mit der Hervorhebung dieser Ersatzpflicht wenig

[1]) Ebenso finden auch RG. Bd. 52, S. 19 ff. und 367 u. Bd. 53, S. 201 ff. in § 276 die Pflicht zum Schadenersatze ausgesprochen.

[2]) Vgl. Staub, S. 7, 8, 31 f.

[3]) Kipp, S. 254, Lehmann, S. 82.

[4]) Lehmann, S. 82.

[5]) RG. v. 24. 3. 1904, JWS. S. 258 Nr. 4.

gewonnen[1]), da ja der Schadenersatz nur in dem begrenzten Umfange des § 823 stattfinden könnte.

Ganz anders als die vorgetragenen Lehren ist die von Staub[2]). Dieser begründet die Ersatzpflicht mit der Analogie des Verzuges. Das schuldhafte Unterlassen der positiven Leistungen verpflichtet zum Ersatz des Schadens, und ebenso müsse konsequenterweise die schuldhaft mangelhafte Vertragserfüllung behandelt werden. Hiergegen ist einzuwenden, daß dieser Analogieschluß nicht naheliegt, wie wir auch analoge Behandlung des Schadens bei positiven Vertragsverletzungen und bei verschuldeter Unmöglichkeit nicht für angängig hielten. Beim Verzuge handelt es sich um den Schaden, der durch das Zuspätleisten entsteht, bei positiven Vertragsverletzungen um denjenigen, der aus der Mangelhaftigkeit der Leistung hervorgeht. Verzug trifft das Zeitmoment der Leistung, eine positive Vertragsverletzung deren Gegenstand. Bei positiven Vertragsverletzungen beruht der Schaden hauptsächlich nicht darauf, daß die vertragsmäßige Leistung nicht erfolgt ist, er wäre bei wirklichem Verzuge gar nicht eingetreten[3]); denn es handelt sich vor allem nicht um den Schaden, der darauf beruht, daß die Leistung nicht vertragsgemäß war (z. B. der Käufer erzielt seinerseits für die schlechtere Ware einen geringeren Erlös oder kann seinen Verpflichtungen nicht gerecht werden), sondern um den Schaden, den die Mangelhaftigkeit der Ware noch außerdem verursacht (z. B. wurmstichige Äpfel stecken die gesunden des Käufers an). Für diesen Schaden findet sich kein Analogon beim Verzuge; andererseits geht es nicht an, die Geltendmachung eines solchen Schadens mittels der Vertragsklage allgemein (d. h. abgesehen von Sonderregelungen) nicht zuzulassen.

Es bleibt noch ein letzter Begründungsversuch für die Schadenersatzpflicht: Die §§ 447 Abs. 2 und 644 Abs. 2 lehren, daß das Gesetz principiell durchaus nicht nur bei Verzug und Unmöglichkeit Schadenersatz eintreten läßt. Schon Staub (Kommentar zum HGB., 6. und 7. Auflage 1900 Anm. 11 zu § 347) hat es ausgesprochen, daß aus dem Zusammenhang des ganzen Gesetzbuchs

[1]) Kipp, S. 256; Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 58; Werner, S. 308/9.

[2]) Staub, S. 15.

[3]) Vgl. Kipp, S. 254, Lehmann, S. 81.

der allgemeine Grundgedanke herauszuheben sei, daß, wo die Rechtsfolgen der Haftung für Vorsatz und Fahrlässigkeit nicht anders geregelt seien, diese Haftung jedenfalls in der Verpflichtung zum Schadenersatz bestände[1]). Auch Müller[2]) nimmt einen solchen Rechtsgrundsatz an auf Grund der Auslegung des § 276 und der im Recht der Schuldverhältnisse zerstreuten Einzelbestimmungen, die eine Haftung des Schuldners auf Ersatz des durch eine schuldhafte Verletzung eine Verbindlichkeit verursachten Schadens ausdrücklich aussprechen. Mit Staub, Müller und Lehmann[3]) meinen wir nun, daß die Verletzung einer Vertragspflicht ganz unabhängig von Unmöglichkeit und Verzug eine Ersatzpflicht begründe, daß dies ein nirgends ausgesprochener, aber doch das ganze Gesetz beherrschender Rechtsgrundsatz wäre. Die Richtigkeit einer solchen Annahme ergibt sich besonders auch aus dem Wortlaut von BGB. § 618 Abs. 3 und HGB. 62 Abs. 3. Hier wird das Bestehen der Ersatzpflicht als selbstverständlich vorausgesetzt und nur ihr Umfang angegeben.

Trotzdem ist aber die Erwähnung der Ersatzpflicht in § 280 Abs. 1 und § 286 Abs. 1 nicht überflüssig. Denn § 281 Abs. 1 bestimmt im Gegensatz zu Abs. 2, daß in der Regel nur Ersatz zu leisten sei, so weit die Leistung unmöglich wird. § 286 Abs. 1 setzt eine Ersatzpflicht fest auch für Fälle unverschuldeter Vertragsverletzung (§ 279). Somit verfängt der Einwand nicht, den man machen könnte, daß nämlich alle Handlungen ersatzfrei wären, soweit das Gesetz keine Ausnahme festsetze[4]). Grundsätzlich ist eben die Ersatzpflicht überhaupt nicht angeführt.

§ 276 besagt, wann im allgemeinen eine Schuld vorliegt; unser allgemeiner Grundsatz normiert deren Folgen. Wie wichtig

---

[1]) In den „positiven Vertragsverletzungen" hat Staub allerdings, wie wir gesehen haben, diesen Rechtsgrundsatz auf Grund der Analogie des § 286 angenommen. Hierbei ist das Wort „Rechtsgrundsatz" wohl nicht im technischen Sinne gebraucht, sondern etwa im Sinne von „Satz von allgemeinerer Geltung." Sonst wäre, wie wir noch sehen werden, „Rechtsgrundsatz auf Grund der Analogie" ein Widerspruch, da man nur „Rechtsgrundsatz" oder „Gesetzesanalogie" annehmen kann.

[2]) Müller, S. 542.

[3]) Lehmann, S. 86 ff.

[4]) Vgl. Zitelmann, Lücken im Recht, S. 19.

eine allgemeine derartige Regelung der Ersatzpflicht ist, zeigt der von Krückmann (Zur Lehre von den pos. Vertragsverletzungen DJZ. 1905, S. 205—7) mitgeteilte Fall. Doch ist hier nicht der Ort näher, darauf einzugehen, ob und inwieweit das Spezialrecht durch unseren allgemeinen Satz zu ergänzen ist.

Wir haben also gesehen, daß positive Vertragsverletzungen zum Schadenersatz verpflichten. Wir erörterten das Bestehen der Ersatzpflicht deshalb, weil Dernburg der Ansicht ist, daß diese Ersatzpflicht auch zum Rücktritt führen könnte, und zur Würdigung dieser Ansicht vor allem die Frage des Bestehens einer solchen Ersatzpflicht zu entscheiden war.

Die Ansicht Dernburgs ist nicht zu billigen. Wenn das Gesetz einer Partei das Rücktrittsrecht gewährt, so geschieht das, weil es ihr nützlicher sein kann, vom Vertrage überhaupt loszukommen als Schadenersatz zu erhalten. Das Rücktrittsrecht ist aber keine Form des Schadenersatzes, sondern ein anderes Mittel als dieses, dem vertragstreuen Teile zu helfen. „Der Rücktritt kann nur den Schaden beseitigen, den die Vertragsverletzung hervorgerufen hat; er kann nur ferneren Schaden verhüten und Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung verschaffen.“ (So Kipp, S. 255)[1]). Dernburg's Vorschlag stellt ein Aushilfsmittel dar, das allerhöchstens dann anwendbar wäre, wenn das Gesetz keine andere Handhabe böte[2]) [3]).

Ferner gibt Dernburg S. 4 noch eine Lösung an, die hier kurz erwähnt werden möge: Der Gläubiger weist die fehlerhafte Leistung zurück und setzt den Schuldner in Verzug; dann hat er die Rechte aus § 326. Ob dies angängig ist, ist nicht unbestritten. Aber halten wir dies auch für angängig, so ist eine allgemeine Lösung doch damit nicht gegeben. In manchen Fällen ist jedenfalls eine Zurückweisung in verzugbegründender Weise ausgeschlossen, z. B. wenn ein Kommis aus Fahrlässigkeit unter dem Einkaufspreise verkauft. Hier mögen nun wieder Einzelvorschriften eingreifen[4]) (BGB.

---

[1]) Vgl. auch Düringer-Hachenburg, Bd. 3, S. 73, Lehmann, S. 106, Staub, S. 41.

[2]) RG., Bd. 54, S. 101.

[3]) Vgl. über den Gegensatz von Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung auch Littmann, S. 22—24, Fiebach, S. 33.

[4]) Vgl. Staub, S. 43.

§ 626, HGB. § 70), aber oft wird es auch an einer entsprechenden gesetzlichen Bestimmung fehlen. Es ist darum zu verwerfen, wenn Lehmann[1]) eine vollständige Lösung darin sieht, daß der Gläubiger entweder mangelhafte Leistung in verzugbegründender Weise zurückweisen könne, oder wenn er angenommen habe, die bei den einzelnen Schuldverhältnissen festgesetzten Rechte haben solle[2]). Freilich dürfen die letzteren durch das allgemeine Rücktrittsrecht nicht illusorisch gemacht werden, aber dieses wird darum doch nicht überflüssig. Ferner ist es ebensowenig eine eigentliche Begründung des Rücktrittsrechts bei positiven Vertragsverletzungen, wenn man es auf dem Umwege des Verzuges konstruierte, wie es eine eigentliche Begründung des Rücktrittsrechts bei verschuldeter Unmöglichkeit wäre, wenn man den Gläubiger den Schuldner erst in Verzug setzen ließe.

§ 12.

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß in direkter Anwendung der in Frage kommenden gesetzlichen Bestimmungen sich eine Begründung für das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen nicht finden läßt. Hieraus könnte man nun folgern, daß ein solches Rücktrittsrecht eben überhaupt nicht gegeben wäre. „Soweit die Rechtsordnung an eine gewisse Tatsache eine bestimmte rechtliche Folge nicht geknüpft hat, kann sie auch nicht eintreten“ (Zitelmann, S. 18)[3]). Ein solches Ergebnis wäre aber höchst unbefriedigend; es braucht auch nicht dem Sinne des Gesetzes zu entsprechen, vielmehr kann dieses lückenhaft formuliert sein und die Aufgabe des Juristen darin bestehen „das Recht in dessen eigenem und besonderem Sinne zu ergänzen“ (vgl. Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht, S. 272). Hat nicht vielleicht ein im Gesetz ausdrücklich geregelter Tatbestand mit dem Tatbestand der positiven Vertragsverletzung eine solche Ähnlichkeit, daß für beide dieselben Rechtsfolgen angenommen werden können, d. h. Analogie anzuwenden ist?

[1]) Vgl. Lehmann, S. 96.

[2]) Dies erkennt Dernburg (S. 5) selbst an und gibt infolgedessen die oben geschilderte allgemeine Lösung an.

[3]) Vgl. auch Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie, Bd. 1, S. 375 ff., Anm. 7, der positive Vertragsverletzungen als in den „rechtsleeren Raum“ fallend bezeichnen könnte.

Muß nicht vielleicht von dem Satze, daß rechtliche Folgen nur insoweit eintreten, als das Gesetz es ausdrücklich bestimmt, im Anschluß an Bestimmungen, die eine rechtliche Folge eintreten lassen, eine Ausnahme gemacht werden? (vgl. Zitelmann, S. 23).

Es bedarf wohl keiner näheren Ausführung, daß eine analoge Anwendung des § 325 ausgeschlossen ist. Der Begriff der Unmöglichkeit verträgt keine Analogie: Was nicht völlig unmöglich ist, ist eben nicht unmöglich.

Nicht so einfach zu beantworten ist die Frage hinsichtlich des § 326. Eine solche analoge Anwendung dieses Paragraphen ist zuerst von Staub angeregt worden. Sie ward vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 6. März 1903 (Bd. 54, S. 98 ff., auch Seuff Arch., Bd. 59 No. 32) angenommen[1]). Der Gedankengang ist ungefähr folgender: „Die §§ 325 und 326 geben bei gegenseitigen Verträgen wegen Nichterfüllung und verzögerter Erfüllung der geschuldeten Leistung dem vertragstreuen Teile Rechte, die über das Recht hinausgehen, Schadenersatz zu erlangen, nämlich das Recht, Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu fordern oder zurückzutreten. Eine dritte Art schuldhafter Vertragsverletzung bilden nun die positiven Vertragsverletzungen, deswegen eine dritte Art, weil sie nicht, wie man bei den Vorarbeiten allerdings annahm, die dem Verletzenden obliegende Leistung unmöglich machen. Sie sind aus folgenden Gründen dem Verzuge analog zu behandeln. Die Bestimmungen des § 326 lassen sich nicht damit rechtfertigen, daß man den Verzug als eine Art der Unmöglichkeit auffaßt, sie beruhen auf der selbständigen Erwägung, daß schuldhaftes Unterlassen der Vertragserfüllung bei gegenseitigen Verträgen über den Schadenersatz hinausgehende Rechte gewähren müsse. Infolge der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung muß der vertragstreue Teil die Möglichkeit haben, wenn durch Verzug der Vertragszweck gefährdet wird, bald dadurch eine klare Rechtslage zu schaffen, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt und vom Vertrage zurücktritt. Es ist nun nicht die Annahme notwendig, daß das Gesetz die in § 326 bezeichneten Rechte nur an die Vertrags-

[1]) Angeschlossen haben sich dieser Ansicht Landsberg, Bd. I, S. 413; ferner Düringer-Hachenburg, Bd. III, S. 72; Winter, S. 204; Bartsch, S. 21 ff.

gefährdung durch schuldhaftes Unterlassen knüpft; vielmehr kann man in dem § 326 den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sehen. Deswegen ist bei schuldhaften positiven Rechtsverletzungsakten, die den Vertragszweck gefährden, der § 326 analog anzuwenden, d. h. sie berechtigen den vertragstreuen Teil ebenfalls dazu vom Vertrage zurückzutreten und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu verlangen."

Dies ist der Gedankengang des Reichsgerichts. Auf die nähere Ausgestaltung dieser Rechte bei positiven Vertragsverletzungen, namentlich auf die Frage, ob Fristsetzung und Androhung des Rücktritts notwendig wäre, ging das Reichsgericht in diesem Urteil nicht ein, weil es die Streitsache als unter dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung von der Vorinstanz überhaupt nicht geprüft in diese zurückverwies.

An jenen Ausführungen hat das Reichsgericht neuerdings festgehalten[1]).

Das S. 11 Anm. 1 erwähnte Urteil des Reichsgerichts (RG. Bd. 54, S. 286 ff.) wendet dagegen mit Recht die Unmöglichkeitslehre an, da es sich um Verletzung einer Unterlassungspflicht handelte[2]), und gerät dabei, wie es selbst betont, nicht mit der Lehre von der analogen Anwendung des § 326 in Widerspruch. Denn im Gegensatz zu Staub betont RG. Bd. 54, S. 102 nur, daß nicht allgemein angenommen werden kann, daß alle positiven Rechtsverletzungsakte in den Rahmen der Unmöglichkeit gebracht werden können. Die Analogie des § 326 sei für gewisse Fälle zuzulassen. Das Reichsgericht will also von vornherein diejenigen Fälle ausscheiden, deren Lösung sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, und hat, ohne es als allgemeinen Satz auszusprechen, doch erkannt, daß Verletzungen von Unterlassungspflichten durch Zuwiderhandeln anders zu beurteilen seien als Verletzungen von Verpflichtungen zu einem Tun durch mangelhafte Erfüllung.

[1]) Vgl. Entsch. d. RG., Bd. 57, S. 114 ff.

[2]) Hieran hält eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 7. Okt. 1904 (Sächs. Arch., Bd. 15, S. 57 ff.) fest. Allerdings will diese Entscheidung auch gleichzeitig den § 326 analog anwenden, da eine Vereitelung des Vertragszwecks zugleich auch eine Gefährdung desselben sei. Dies ist recht bedenklich: man kann die Rechtsfolgen des vollendeten Diebstahls nicht auch unter den Gesichtspunkt des versuchten Diebstahls ziehen.

Betrachten wir nur, ob die analoge Anwendung des § 326 zu billigen ist. Gegen diese Analogie müssen sich alle diejenigen wenden, die die Lösung unmittelbar dem Gesetz entnehmen zu können glauben; aber diese Theorien haben sich ja als unhaltbar bewiesen. Des weiteren legt Kipp[1]) scharf die Sonde an den speziellen Fall, den das Urteil des Reichsgerichts, Bd. 54, S. 98 ff. entschied. Dieser Fall lag folgendermaßen: Die Klägerin hatte sich verpflichtet, der Beklagten Kies zur Herstellung des Betonmauerwerks eines Untergrundbahntunnels zu liefern. Die Beklagte sollte nur dasjenige Quantum Kies als geliefert bezahlt erhalten, das nach dem in § 4 des Vertrages bestimmten Verhältnisse durch Ausmessung des fertiggestellten Betonmauerwerks nachgewiesen würde. Trotz wiederholten Verwahrungen des Bevollmächtigten der Klägerin ward der Kies zu den verschiedenartigsten Arbeiten anderer Art verwandt. Die Klägerin trat zurück und begehrte, gemäß § 256 CPO. richterlich festzustellen, daß der Rücktritt gerechtfertigt sei.

Das Reichsgericht betrachtete nun die im Vertrage vorgeschriebene Art der Verwendung des Kieses nicht als Teil der positiven Vertragsleistung der Beklagten, nahm vielmehr an, daß eine Unterlassungspflicht der Beklagten insoweit bestanden habe, daß sie nicht durch Verwendung des Kieses zu andern Arbeiten der Klägerin das im Vertrage vorgesehene Mittel zur Feststellung ihres Preisanspruches entzöge[2]). Diese Deduktion des Reichsgerichts ist sehr bedenklich; denn hätte wirklich eine derartige Unterlassungspflicht als Inhalt des Vertrages bestanden, so hätte ein Zuwiderhandeln nur Unmöglichkeit der Erfüllung bewirken können. Es bestand eine Unterlassenspflicht allerdings, aber nur der oben (S. 28) geschilderten sekundären Natur, deren Verletzung nicht zur Begründung der Unmöglichkeit der Erfüllung verwandt werden kann. Richtiger Ansicht[3]) nach ist das Vorhandensein einer positiv gearteten Nebenpflicht der Beklagten anzunehmen, bei der Preisbestimmung in der im Vertrage vorgesehenen Weise mitzuwirken. Setzen wir nun den Fall, daß die Beklagte den Kies in einer

[1]) Vgl. Kipp, S. 254.

[2]) Dieser Ansicht ist auch Planck, Erläuterung zu § 326 No. 6, der tatsächlich die Konsequenz zieht, daß die Erfüllung dieser Unterlassenspflicht unmöglich geworden ist.

[3]) Vgl. Lehmann, S. 105.

Weise verwandt hatte, die eine Feststellung der verbrauchten Quantität unmöglich machte — was ja immer noch Tatfrage ist —, so hat sie doch vor allem nur der Pflicht zu positivem Handeln bei der Mitwirkung bei der Preisfeststellung zuwidergehandelt; daß dadurch die positive Leistung unmöglich ward, ist ein Zufallsergebnis (ähnlich, wie wenn eine Spinnerei die ihr übergebene Wolle zu Garn von verkehrter Stärke verarbeitet). Tatsächlich lag also in dem behandelten Falle teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung vor, § 325 konnte direkt angewandt werden. Dies beruhte aber auf der Eigenart dieses Falles und wird nur selten eintreten. Es kann eine Betrachtung, die an diesen Einzelfall anknüpft, nichts gegen die Richtigkeit der Analogie nach § 326 beweisen.

Tatsächlich hat der Gedankengang Staub's und des Reichsgerichts viel Bestechendes für sich. Dies meint denn auch Dernburg schließlich in der dritten Auflage des „bürgerlichen Rechts“ (1905, S. 241). Er erachtet die Analogie des § 326 für „nicht unzweckmäßig“, ohne allerdings auf ihre Richtigkeit einzugehen. Um diese nun zu prüfen, müssen wir vorest einige Bemerkungen aber den § 326 voranschicken.

Der § 326 geht davon aus, daß beim Verzuge bei gegenseitigen Verträgen im allgemeinen kein Rücktrittsrecht gegeben ist [1]). (Der Kürze halber sprechen wir nur von dem Rücktrittsrecht; es ist aber im folgenden auch das Recht Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, darunter mitverstanden). Es ist dem vertragstreuen Teile nur das Recht, nicht die Pflicht der Fristsetzung gegeben [2]). Im allgemeinen besteht nur ein Anspruch auf Ersatz des durch den Verzug entstandenen Schadens. Besonderes gilt in dem Falle, daß die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzuges kein Interesse mehr hat [3]). Wenn auch das Interesse, die Leistung selbst zu erlangen, nicht leicht schwinden kann, so kann doch der Zweck, um dessentwillen der Vertrag geschlossen war, nicht mehr erreichbar sein. Ist der Vertragszweck vereitelt, so gibt das Gesetz

[1]) Vgl. Mot., S. 198.

[2]) Vgl. die entsprechenden Ausführungen bei Riezler, Der Werkvertrag, für den § 634 (S. 114) und den § 636 (S. 127).

[3]) Dies kann zugleich mit dem Verzuge eintreten, aber auch später, muß jedenfalls im Kausalzusammenhang mit der Tatsache des Verzuges stehen.

das Rücktrittsrecht. Dieses Rücktrittsrecht gibt das Gesetz ferner dann, wenn der Gläubiger dem säumigen Schuldner eine Nachfrist gesetzt hat, mit der Androhung, daß er nach Ablauf dieser Frist die Leistung nicht mehr annehmen werde und diese Frist ergebnislos verstrichen ist. Man kann nun unmöglich sagen, daß für die Gewährung dieses Rücktrittsrechtes auch der Gesichtspunkt maßgebend ist, daß der Vertragszweck vereitelt ist. Diese letztere Tatsache ist natürlich ganz unabhängig vom Fristablauf. Die Gewährung des Rücktrittsrechts kann nur darin ihren Grund finden, daß das Gesetz meint: wenn jemand im Verzuge ist, ihm eine Nachfrist gesetzt ist mit der Androhung, daß seine Leistung aach Ablauf dieser Frist nicht mehr augenommen werden würde, er aber trotzdem nicht leistet, so liegt die Wahrscheinlichkeit sehr nahe, daß er überhaupt nicht leisten wird. Sicherheit darüber ist natürlich auch jetzt nicht vorhanden, aber die Lage ist jedenfalls derartig, daß dem vertragstreuen Teile nicht zugemutet werden kann, darauf zu warten, ob der andere sich vielleicht doch noch zur Leistung entschließt, und dabei auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt zu sein, während er seine eigene — vielleicht Zug um Zug zu bewirkende — Leistung bereithalten muß. Der ergebnislose Ablauf der Frist hat den Vertragszweck zwar nicht vereitelt, aber doch gefährdet, die Wahrscheinlichkeit der Vertragserfüllung ist so gering geworden, daß dem Gläubiger nicht mehr zuzumuten ist, noch mit der Vertragserfüllung rechnen zu müssen; er kann deswegen zurücktreten. Aus der eingetretenen Gefährdung des Vertragszweckes erklärt es sich, daß das Gesetz dem Gläubiger nach Ablauf der Frist das Rücktrittsrecht gibt. Andererseits folgt hieraus per argumentum e contrario, daß das Gesetz vor Ablauf der Frist die Lage anders beurteilen muß. Das Rücktrittsrecht nach Ablauf der Frist kann sich nur aus dem Gesichtspunkt der Gefährdung des Vertragszwecks ergeben; es kann also vorher eine solche im Sinn des Gesetzes nicht vorhanden sein. Vorher berechtigt nur völlige Vereitelung des Vertragszwecks zum Rücktritt.

Wir haben also festgestellt, daß das Gesetz nur von der Annahme ausgehen kann, durch den Verzug allein werde die Erreichung des Vertragszwecks nicht gefährdet. Man vergleiche nun RG., Bd. 54, S. 102: „es liegt sonach dieser Vorschrift (§ 326) in Anlehnung an die funktionelle Abhängigkeit von Leistung und

Gegenleistung bei gegenseitigen Verträgen der gesetzgeberische Gedanke zu Grunde, daß dieses schuldhafte Unterlassen des einen Teils wegen der darin liegenden Gefährdung des Vertragszweckes den andern Teil berechtige, im Interesse der Verkehrssicherheit eine alsbald klare Rechtslage dadurch zu schaffen . . . . . die gleichen Gesichtspunkte treffen aber auch zu, wenn durch schuldhafte positive Rechtsverletzungsakte des einen Teils die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet wird." . . . vgl. ferner Staub, S. 23: „Wie in § 326, wenn der Verpflichtete schuldhaft unterläßt, was er tun soll, ein Wahlrecht zwischen Rücktritt und Schadenersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gegeben ist, so ist man wohl berechtigt, analog ein solches Wahlrecht auch dann zu gewähren, wenn eine Vertragspflicht durch positives Tun verletzt wird."

Hierbei wird offensichtlich die Lage bei den den Vertragszweck gefährdenden positiven Vertragsverletzungen gleichgestellt der Lage infolge des Verzugs an sich[1]). Der Verzug gefährde den Vertragszweck, die Fristsetzung sei nur das Mittel, um alsbald eine klare Rechtslage zu schaffen.

Das ist unrichtig. Wir haben gesehen, daß erst nach ergebnislosem Verlauf der Frist der Vertragszweck im Sinne des Gesetzes gefährdet sein kann. Man kann nur sagen: beim Verzug ist nach ergebnislosem Ablauf der Frist der Vertragszweck gefährdet, der Vertragszweck ist ebenfalls gefährdet bei groben positiven Vertragsverletzungen. Diese beiden Situationen haben Ähnlichkeit miteinander. Wenn ein Vertrag derart positiv verletzt wird, daß der Vertragszweck nicht gefährdet ist, so ist eben nur ein Schadensersatzanspruch gegeben, ähnlich wie beim Verzuge vor Ablauf der Nachfrist. Es ist jedenfalls abzuweisen, daß positive Vertragsverletzungen, die den Vertragszweck gefährdet, eine Rechtslage schaffen, die analog behandelt werden könnte der durch den Verzug an sich geschaffenen. Daher kann das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen nicht nach Analogie des § 326 gewährt werden. Von einer analogen Anwendung könnte nur dann die Rede sein, wenn der Tatbestand, der analog zu behandeln

[1]) Vgl. Lehmann, S. 111, der das Rücktrittsrecht auch bei positiven Vertragsverletzungen nur nach ergebnislosem Ablauf einer Nachfrist gewähren will.

wäre, Ähnlichkeit hätte mit dem in § 326 geregelten Tatbestand des Verzuges.

Die Richtigkeit dieser Auffassung ergibt sich auch aus der Betrachtung des § 361 BGB. und § 376 HGB. Wenn jemand sich verpflichtet hat, genau zu einer fest bestimmten Zeit oder innerhalb einer fest bestimmten Zeit zu leisten, und tut es doch nicht, so muß man im Zweifel annehmen, daß er nicht leisten wird. Sicherheit ist natürlich nicht darüber vorhanden. Der Vertragszweck ist gefährdet, nicht vereitelt. Der Handelsverkehr erfordert noch größere Zuverlässigkeit. Wird bei einem Fixgeschäft nicht rechtzeitig geleistet, so gilt der Vertragszweck stets als gefährdet. Aber auch nur wenn ein Fixgeschäft vorliegt, erzeugt nicht rechtzeitige Erfüllung an sich Gefährdung des Vertragszweckes. Hier ist das Zeitmoment besonders betont. Ist dies aber nicht der Fall, so bringt der Verzug keine Gefährdung des Vertragszweckes im Sinne des Gesetzes hervor. Das Zeitmoment muß erst betont, d. h. eine Frist bestimmt werden, innerhalb derer die Leistung bewirkt werden soll. Es wird künstlich ein Fixgeschäft geschaffen, dessen nicht rechtzeitige Erfüllung nun endlich den Vertragszweck gefährdet [1]).

Wie wenig eine analoge Anwendung des § 326 praktisch passen würde, zeigt der Umstand uns, daß § 326 noch jene Fristsetzung und Androhung vor Gewärung des Rücktrittsrechts vorschreibt. Wofür soll denn bei positiver Vertragsverletzung eine Frist gesetzt werden? Die Leistung ist ja gar nicht ausgeblieben, die Gefährdung des Vertragszwecks liegt bei positiven Vertragsverletzungen in deren Ausdehnung. Wenn vielleicht bei Successivlieferungsverträgen auf eine mangelhafte Rate trotz besonderer Fristsetzung wieder mangelhaft geliefert wird, so kann dies doch nur den Beweis der Gefährdung des Vertragszwecks erleichtern. Die Gefährdung an sich ist auch anders beweisbar. Beim Verzuge läßt aber eben das Gesetz nur den Beweis mittelst Fristsetzung zu.

[1]) Das Rücktrittsrecht nach ergebnislosem Ablauf der Nachfrist beruht nicht etwa auf der Unmöglichkeit, rechtzeitig zu erfüllen; denn die Zeitbestimmung gehört ebenso wie bei Fixgeschäften nicht zum Gegenstand der Leistung (vgl. die Einleitung dieser Abhandlung). Auch bei Fixgeschäften führt Verletzung in Bezug auf die Zeit nur Gefährdung, nicht Vereitelung des Vertragszweckes herbei.

Und so will denn auch Staub[1]) von der Fristsetzung absehen: Die Natur der Sache passe nicht darauf, denn die positive Vertragsverletzung breche unerwartet herein, der Unterlassung könne ein Ziel und darum auch eine Frist gesetzt werden. Der wirkliche Grund ist: Liegen grobe positive Vertragsverletzungen vor, so läßt sich eben aus der Größe der Vertragsverletzung die Vertragsgefährdung beweisen. Diese letztere kann aber beim Verzuge kraft Gesetzes nur durch einen ergebnislosen Ablauf der Nachfrist bewiesen werden. Daraus aber, daß Staub von der Fristsetzung absehen will, ist ersichtlich, daß er selbst das Gefühl hat, der durch positive den Vertragszweck gefährdende Vertragsverletzungen geschaffene Zustand ähnle dem durch den Verzug geschaffenen nach Ablauf der Frist.

Um es noch einmal klar zu sagen: Staub und das Reichsgericht sehen den Verzug an sich als den Vertragszweck gefährdend an und behandeln daher positive Vertragsverletzungen, die den Vertragszweck gefährden, dem Verzuge analog. Dieser Analogieschluß ist aber falsch, weil die Regelung des Verzuges ergibt, daß das Gesetz ihn nicht als den Vertragszweck gefährdend ansieht.

§ 13.

In anderer als in der von uns befolgten Art bekämpft Stampe[2]) die Lösung Staub's und des Reichsgerichts. Er nimmt als gegeben an, daß der Verzug allein den Vertragszweck gefährde, bestreitet aber die Möglichkeit, hieraus im Wege der Analogie oder Konstruktion das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen herleiten zu können. Die Rechtsordnung sei nur eine Summe von Rechtssätzen, die auf die unmittelbar davon betroffenen Tatbestände anzuwenden seien. Das Recht habe keine logische Expansionskraft, auch andere Tatumstände zu umfassen. Man dürfe nicht aus einer Summe geschriebener Rechtssätze ein System ungeschriebener Prinzipien machen, von denen jene Rechtssätze nur einzelne An-

---

[1]) Staub, S. 24.

[2]) Vgl. Stampe, „Rechtsfindung durch Konstruktion", DJZ. 1905, S. 417 ff., und „Rechtsfindung durch Interessenwägung", ebenda S. 713 ff., schließlich „Gesetz und Richtermacht", ebenda S. 1017 ff.

wendungsfälle bedeuteten, nur um das Dogma von der Lückenlosigkeit des Rechtssystems zu retten. Die sogenannte Analogie arbeite nicht mit logischen, sondern mit sozialen Erwägungen. In Wahrheit werde nicht ein verborgener Rechtssatz aufgedeckt, vielmehr übertrüge der Richter durch einen Ergänzungssatz die Wirkungen, die das Gesetz einem Tatbestand beilege, auf einen anderen vom Gesetze nicht geregelten Tatbestand. Bei der Herstellung dieses Ergänzungssatzes sei maßgebend das Prinzip der Interessenwägung; in Betracht kämen in gleicher Weise die Interessen des einzelnen wie der Allgemeinheit. Demgemäß könne man unter keinen Umständen das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen durch analoge Anwendung des § 326 begründen; es könnne auch nicht ein- für alle Mal unter gewissen Umständen für zulässig befunden werden; vielmehr sei es im konkreten Falle immer von neuem durch einen richterlichen Ergänzungssatz zu begründen. Indem Stampe in dieser Weise die Lösung Staub's bekämpft, gibt er zugleich eine eigene an.

Wenn wir diese Ansicht Stampe's kritisch betrachten, so müssen wir gestehen, daß allerdings in manchen Fällen das Prinzip der Interessenwägung verwandt werden muß; nur wäre es verfehlt, in allen Fällen, wo eine Entscheidung nicht unmittelbar dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen ist, eine Anlehnung an den Gesetzeswortlaut zu verwerfen. Es ist nämlich kein Zufallsergebnis, wenn das Prinzip der Gesetzesanalogie zu demselben Resultat führt als das der Interessenwägung. Das Gesetz selbst ist ja auch aus dem Prinzip der Interessenwägung heraus entstanden. Wenn nun auf einen ähnlichen Tatbestand das Gesetz analog angewandt wird, so muß das Resultat dem Rechtsgefühl entsprechen, aus dem heraus das Gesetz entstanden ist. Die Frage allerdings, ob zwei Tatbestände einander ähnlich sind, muß mit Rücksicht auf die Interessenwägung beantwortet werden. Wird sie bejaht, so ist Gesetzesanalogie unbedenklich anwendbar[1]), wie

[1]) Der Richter muß, soweit wie möglich, an die Werturteile gebunden sein, welche das gesetzte Recht enthält. Sonst könnten bei verschiedenen Individualitäten die Ergebnisse gar verschieden sein, auch mit den Ansichten der Rechtsgemeinschaft nicht übereinstimmen. Vgl. Heck, DJZ 1905, S. 1141, Interessenjurisprudenz und Gesetzestreue.

es ja dem Wesen der Kodifikation entspricht, die Entscheidung womöglich in dieser selbst zu suchen. Es liegt dann keine Lücke im Gesetze vor; vielmehr mußte nur sein verborgener Inhalt aufgedeckt werden. Deswegen ist die Art und Weise, in der Stampe die Theorie Staub's und des Reichsgerichts bekämpft, zu verwerfen.

Freilich lassen sich nicht alle die Fälle, deren Lösung sich unmittelbar aus den Gesetzesworten ergibt, an Hand der Gesetzesanalogie entscheiden. Das haben wir ja an dem von uns behandelten Falle der positiven Vertragsverletzung gesehen. Nun gibt es offenbar noch Fälle, in denn eine Anlehnung an eine vorhandene gesetzliche Bestimmung nicht möglich ist. „Der Wille des Gesetzes, daß eine rechtliche Behandlung gewisser Art eintrete, steht fest, aber innerhalb dieses Rahmens sind mehrere Möglichkeiten und das Gesetz sagt nicht, welche davon es will" (Zitelmann, S. 27), sogenannte echte Lücken. Der Unterschied von den Fällen, in denen Gesetzesanalogie anzuwenden ist, liegt darin, daß in den Fällen der Gesetzesanalogie es von vornherein nicht fest steht, daß das Gesetz überhaupt eine gewisse rechtliche Folge eintreten lassen will, dieser Eintritt eben erst im Wege der Analogie begründet wird. Zitelmann, von dem wir diese Einteilung entnahmen, führt als Beispiel dafür an (S. 27): Das ALR. bestimmte für den Fall, daß mehrere bei der in einer Auslobung erwünschten Handlung mitwirkten, nicht, in welcher Weiss sie auf die ausgesetzte Summe Anspruch haben sollten. — Daß solche echten Lücken vorkommen können, ist unserem Ermessen nach unbestreitbar; es braucht ja nur ein Gesetz nicht sorgfältig abgefaßt zu sein. Solche Lücken sind dann auf Grund allgemeiner Gedanken des ganzen Rechtssystems oder auf Grund von Interessenwägung auszufüllen[1]). Dies ist identisch, da ja das Rechtssystem auf Grund der Interessenwägung entstanden ist. Läge nun eine solche echte Lücke vor, so hätte Stampe immerhin im Resultat doch Recht, wenn er das Rücktrittsrecht bei positiven Vertragsverletzungen durch die Interessenwägung begründet. Wie wir gesehen haben, ist ja Gesetzesanalogie nicht verwendbar. So hätte es den An-

[1]) Vgl. Fischer, in der Einleitung zu seiner Handausgabe des BGB. 6. Aufl., S. XXVII.

schein, als ob eine echte Lücke vorläge. Dies ist aber ein Irrtum. Es lassen sich nämlich nicht alle Tatbestände, deren Lösung sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, im Wege der Gesetzesanalogie oder der freien Lückenausfüllung rechtlich beurteilen. Vielmehr gibt es nach einen dritten Weg: Die Anwendung eines Rechtsgrundsatzes. Ein solcher liegt dann vor, wenn bei der Regelung eines Rechtsinstituts (nicht eines einzelnen Tatbestandes oder des ganzen Rechtssystems) ein allgemeines Prinzip befolgt wird. Dieses regelt die Tatbestände nicht unmittelbar, sondern tritt nur bei der Regelung mittelbar in die Erscheinung. Auf diesem Wege haben wir die allgemeine Schadensersatzpflicht bei schuldhafter Verletzung von Vertragspflichten begründet. Auf dem Wege der Gesetzesanalogie ließe sie sich nicht begründen; auch beruht sie nicht auf allgemeinen, das ganze Rechtssystem beherrschenden Gedanken (wie dem Gedanken der Billigkeit oder der Interessenwägung); dagegen fanden wir in § 618 Abs. 3 BGB. und § 62 Abs. 3 HGB. das Bestehen der Ersatzpflicht als selbstverständlich vorausgesetzt. Das Vertragsrecht wird eben von dem allgemeinen Rechtsgrundsatze beherrscht, daß schuldhafte Verletzungen von Vertragspflichten ersatzpflichtig machen.

Das Resultat unserer Betrachtung ist mithin: Tatbestände, deren Regelung nicht unmittelbar dem Gesetz zu entnehmen ist, werden geregelt: erstens im Anschluß an die Regelung eines rechtsähnlichen Tatbestandes im Wege der Gesetzesanalogie; zweitens, wenn dies nicht angängig ist, vermittels eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der das betreffende Rechtsinstitut beherrscht; drittens muß, wenn auch dies nicht angängig ist, der Weg der freien Lückenausfüllung beschritten werden[1]). Der zweite Weg ist natürlich erst anzuwenden, wenn der erste Weg nicht anwendbar ist, der dritte ist anzuwenden, wenn der zweite Weg nicht anwendbar ist. Die Lösung von Stampe stellt nun den dritten Weg dar. Den ersten Weg haben wir nicht anwendbar gefunden; im folgenden müssen wir erst noch die Verwendbarkeit des zweiten untersuchen.

---

[1]) Unsere Einteilung in No. 2 und 3 knüpft an die alte Einteilung der Rechtsanalogie an, die ja einmal Gedanken eines einzelnen Rechtsinstituts, ein andermal Gedanken des ganzen Rechtssystems verwertete.

§ 14.

Die Lösung.

Um die Lösung zu finden, müssen wir uns wieder der Betrachtung des Lösungsversuches Staub's und des Reichsgerichts zuwenden. Wir haben, als wir ihn kritisierten, erörtert, daß im § 326 das Rücktrittsrecht aus dem Gesichtspunkte gewährt wird, daß der Vertragszweck gefährdet ist. Dies wird kraft Gesetzes als bewiesen angenommen, wenn die Nachfrist ergebnislos verlaufen sei. Ferner gewährt § 326 das Rücktrittsrecht in dem Falle, daß der Vertragszweck vereitelt ist. Unter diesem Gesichtspunkte läßt sich auch das Rücktrittsrecht des § 325 fassen. Mit anderen Worten: Das BGB. gewährt bei gegenseitigen Verträgen in den von ihm behandelten Fällen, dem Verzuge und der Unmöglichkeit, im Falle, daß der eine Vertragsteil seine Pflicht schuldhaft verletzt, dann dem vertragstreuen Teile das Rücktrittsrecht, wenn durch jenes schuldhafte Verhalten der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt wurde.

Wir haben nun bei der Erörterung der Schadensersatzpflicht durchaus betont, daß das Gesetz Verzug und verschuldete Unmöglichkeit nur als Fälle schuldhaften Verhaltens betrachtet, daß im übrigen ein allgemeiner Grundsatz, der im Gesetz nirgends ausgesprochen sei, nur in Einzelfällen hervorträte, aber doch das Gesetz beherrsche, dahin bestände, daß der Schuldner für den Schaden bei schuldhafter Verletzung seiner Leistungspflicht aufzukommen habe. Das Gesetz geht nun ferner von der Annahme aus, daß bei gegenseitigen Verträgen der vertragstreue Teil bei Verzug und Unmöglichkeit weitergehende Rechte haben müsse als das Recht, Schadensersatz zu erhalten. Er darf Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen und vom Vertrage zurücktreten, und zwar dann, wenn jene Vertragsverletzung den Vertragszweck vereiteln oder gefährden. Nehmen wir dies als richtig an, so liegt die Folgerung nahe: ebenso wie das Gesetz die Pflicht zum Schadensersatz nur bei Verzug und Unmöglichkeit ausgesprochen hat, es aber als einen allgemeinen Rechtsgrundsatz annimmt, daß jede schuldhafte Verletzung einer Leistungspflicht zum Ersatze verpflichte, so hat das Gesetz auch bei gegenseitigen Verträgen nur für dieselben Fälle des Verzugs und der Unmöglichkeit das Recht

des vertragstreuen Teils ausgesprochen, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Vertragszweck durch jenes schuldhafte Verhalten vereitelt oder gefährdet ist. Mit anderen Worten: Im BGB. besteht der allgemeine Rechtsgrundsatz, daß jede schuldhafte Verletzung einer Leistungspflicht zum Schadensersatz verpflichtet; da bei gegenseitigen Verträgen infolge der funktionellen Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung es dem vertragstreuen Teil öfters ersprießlicher ist, ganz von dem Vertrage loszukommen, als Schadensersatz zu erhalten, so gewährt ihm das Gesetz ein Rücktrittsrecht. Das Kriterium für die Gewährung dieses Rücktrittsrechts entnehmen wir der Betrachtung der §§ 325 und 326, jenen gesetzlich geregelten Sonderfällen von Vertragsverletzungen. Das Rücktrittsrecht ist zu gewähren, wenn der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt ist. Dieser Maßstab ist also auch bei der positiven Vertragsverletzung anzulegen. Die so gefundene Formel hat vor der Staub's „wenn der Vertragszweck gefährdet ist" das voraus, daß sie auf alle Fälle der positiven Vertragsverletzungen anwendbar ist. Denn die Formel von Staub genügt z. B. nicht in jenem wiederholt angeführten Beispiele, daß eine Spinnerei die ihr übergebene Wolle zu Garn von verkehrter Stärke verarbeitet. Hier liegt keine Gefährdung des Vertragszwecks, d. h. die Möglichkeit vor, daß er nicht erreicht wird, sondern vielmehr die Vereitelung, d. h. die Sicherheit, daß er nicht erreicht wird. Daß außerdem auch noch § 325 anwendbar ist, zeigt nur die Richtigkeit unserer Lösung, da sie dasselbe Resultat ergibt.

Es mag ja auf den ersten Blick etwas kühn erscheinen, einen derartigen allgemeinen Rechtsgrundsatz anzunehmen[1]), aber er läßt sich eben logisch aus den einzelnen Bestimmungen des Gesetzes herausarbeiten; er gewährt in den behandelten Fällen das Rücktrittsrecht, während ein solches aus den in Betracht kommenden §§ 325 und 326 weder bei direkter noch analoger Anwendung gewährt werden kann. Daß diese Paragraphen im Gesetze stehen,

[1]) In ähnlicher Weise stellt Kuhlenbeck (Zur Lehre vom sog. negativen Vertragsinteresse, DJZ. 1905, S. 1142 ff.) im Anschluß an § 122 BGB. den Grundsatz auf, daß in allen Fällen, in denen eine Erklärung nichtig ist, der dadurch geschädigte Erklärungsempfänger einen Anspruch auf das negative Vertragsinteresse (Vertrauensinteresse) erlangt, es sei denn, daß er die Nichtigkeit kannte oder kennen mußte.

ist aber nicht überflüssig; denn erstens wäre ja sonst der allgemeine Satz nicht erkennbar, zweitens enthalten die genannten Paragraphen noch andere Bestimmungen. Ein zu weites Anwendungsgebiet kann aber unser Grundsatz nicht finden, denn außer Verzug, verschuldeter Unmöglichkeit und positiver Vertragsverletzung ist eine andere Art schuldhafter Vertragsverletzung wohl nicht denkbar[1]), und hier ist die Richtigkeit des Ergebnisses seiner Anwendung unbestritten. Es ist auch zu erinnern, daß in den meisten Fällen Sonderregelungen eingreifen werden.

Für die Frage der Richtigkeit des von uns gefundenen Ergebnisses ist schließlich der Umstand ganz ohne Belang, ob die Verfasser des Gesetzestextes das Bestehen eines solchen Rechtsgrundsatzes annahmen[2]).

Ein Rücktrittsrecht in dem von uns vertretenen Umfange wurde jedenfalls als im BGB. enthalten angenommen. Man war ja der Ansicht, daß alle schuldhafte Vertragsverletzungen, soweit sie nicht unter Verzug fielen, im Rahmen der Unmöglichkeit unterzubringen seien. Nun gewährt der § 325 ein Rücktrittsrecht; mithin schwebte ein solches auch bei sonstigen schuldhaften Vertragsverletzungen vor. Ferner sei an Folgendes erinnert[3]). Bei der Beratung des § 369 (jetzt § 326) Abs. 2 ward ein Antrag gestellt, es sollte für Gewährung des Rücktrittsrechtes vom Erfordernis des Verzuges abgesehen werden; nach Eintritt der Fälligkeit solle der Gläubiger berechtigt sein, eine angemessene Frist zu setzen mit der Androhung, daß er nach Ablauf der Frist die Leistung ablehnen werde. Erfolge die Leistung nicht innerhalb der Frist, so könne der Gläubiger zurücktreten, und seine Rechte aus dem Vertrage geltend machen. Der Antragsteller dachte dabei an die Bestimmung des code civil 1184 (und Art. 122 Schweiz. Obl.R.). Nun trifft ja Art. 1184 auch positive Vertrags-

[1]) Eine vierte Art schuldhafter Vertragsverletzungen liegt allerdings unserer Ansicht nach noch in der Erklärung, nicht oder nicht vertragsmäßig erfüllen zu wollen.

[2]) Bei diesem Punkte machen wir uns die Ausführungen von Fischer in der Einleitung zu seiner Handausgabe des BGB., 6. Aufl. S. XXVII zu eigen. Vgl. auch Meisner, Kommentar zum BGB. II. Das Recht der Schuldverhältnisse Breslau 1898, Vorwort S. IX, X.

[3]) Vgl. Prot. Bd. I, S. 645.

verletzungen. Wenn nun hinsichtlich dieser kein Antrag gestellt wurde, so zeigt sich deutlich, daß man sie bereits für geregelt ansah, eben durch die Unmöglichkeitslehre, die das Rücktrittsrecht gewährt.

Indem wir also einen allgemeinen Rechtsgrundsatz annehmen, wenden wir die zweite Art an, um Tatbestände zu regeln, deren Regelung sich aus dem Gesetzestext nicht unmittelbar ergibt.

Auf dieses Rücktrittsrecht werden die §§ 346 bis 356 entsprechend anzuwenden sein. Der Rücktritt erfolgt gemäß § 349 durch Erklärung gegenüber dem andern Teile. Die Ansicht von Staffel[1]) für das Rücktrittsrecht der §§ 324 und 326, daß das Geschäft von Rechtswegen aufgehoben würde, steht mit dem Gesetz in Widerspruch, das ja die entsprechende Anwendung des § 349 vorschreibt; nun kann aber § 349 selbst „entsprechend“ nicht anders angewandt werden, denn er enthält keine andere Bestimmung, als daß die Ausübung des Rücktrittsrechts durch Erklärung gegenüber dem andern Teile erfolgt.

Schließlich ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts folgendes zu bemerken. In den §§ 325/26 ist festgesetzt, daß bei teilweiser Unmöglichkeit bezw. Teilverzug in der Regel das Rücktrittsrecht nur für den betreffenden Teil ausgeübt werden, wenn aber der Zweck des ganzen Vertrages gefährdet oder vereitelt sei, auch Rücktritt vom ganzen Vertrage erfolgen könne. Es ist mithin ein teilweises Rücktrittsrecht vom Vertrage anerkannt. Nun ist der Fall denkbar, daß der Schuldner die Unmöglichkeit eines Teils der Leistung verschuldet, der Gläubiger dadurch aber nicht das Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages verliert, wohl aber an der Erfüllung eines noch möglichen Teils der Leistung, z. B. ein Wagen mit zwei zu einander passenden Pferden wird verkauft; vor der Übergabe verendet durch Schuld des Verkäufers das eine Pferd. Der Käufer hat kein Interesse mehr an der Lieferung des andern Pferdes, wohl aber an der Lieferung des Wagens. Es ist darum anzunehmen, daß, wenn bei verschuldeter Unmöglichkeit eines Teils der Leistung der Gläubiger bei mangelndem Interesse an der Erfüllung des ganzen Vertrages von diesem zurücktreten kann, er auch insoweit vom Vertrage zurücktreten

[1]) Vgl. Staffel, S. 470 ff.

kann, als er kein Interesse mehr an der Erfüllung des Vertrages hat[1]). Ein entsprechend geartetes Rücktrittsrecht ist auch bei positiven Vertragsverletzungen, die den Vertragszweck gefährden, anzunehmen, sodaß z. B. der Rücktritt bei Successivlieferungen bezüglich der mangelfrei erfolgten Lieferungen nicht zu geschehen, sondern nur die mangelhaften und die zukünftigen zu betreffen braucht. Dieses Ergebnis ist logisch dem Gesetze zu entnehmen und praktisch unabweisbar.

Das Ergebnis unserer Ausführungen ist also:

Bei gegenseitigen Verträgen berechtigen positive Vertragsverletzungen, die den Vertragszweck gefährden oder vereiteln, den vertragstreuen Teil zum Rücktritt, und zwar ohne daß eine Androhung desselben oder eine Fristsetzung zu eventueller Bewirkung mangelfreier Leistung nötig ist. Der Rücktritt kann insoweit erfolgen, als der Vertragszweck gefährdet oder vereitelt ist, d. h. in Bezug auf den mangelhaften Teil der Leistung, ferner in Bezug auf einen gewissen größeren Teil, schließlich in Bezug auf die ganze Leistung.

---

[1]) Vgl. Stammler, S. 130 ff.; Oertmann, Ziff. 4 zu § 325; Schollmeyer 7 c zu § 325; Rehbein, Ziff. 25 zu 320, 27; Lehmann, S. 100; a. M. Makower S. 1133 XV 3.

A. Favorke, vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei in Breslau

Lebenslauf.

Ich, Martin Lesser, Preuße, bin am 9. März 1884 zu Posen als Sohn des 1902 daselbst verstorbenen Kaufmanns Hermann Lesser und seiner Ehefrau Agnes geb. Friedländer geboren. Von Ostern 1890 bis Ostern 1893 besuchte ich die Vorschule des Königl. Friedrich-Wilhelms-Gymnasiums zu Posen, sodann dieses selbst und bestand am 11. Februar 1902 mein Abiturientenexamen. Hierauf studierte ich sechs Semester Rechtswissenschaft, und zwar das Sommersemester 1902 in Heidelberg, das Wintersemester 1902/03, das Sommersemester 1903 und das Wintersemester 1903/4 in Berlin, schließlich das Sommersemester 1904 und das Wintersemester 1904/05 in Breslau. Ich hörte die Vorlesungen der Herren Professoren bezw. Dozenten *Bekker*, *Beyerle*, *Brunner*, *Dahn*, *Engelmann*, *Fischer*, *Gierke*, *Gretener*, *Hellwig*, *Hübler*, *Jellinek*, *Jörs*, *Kahl*, *Kipp*, *Kleineidam*, *Klingmüller*, *Kohler*, *R. Leonhard*, *von Liszt*, *Wolff*. Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern gestatte ich mir meinen verbindlichsten Dank auszusprechen. Am 29. Mai 1905 bestand ich in Breslau mein Referendarexamen, am 7. Juni 1905 ebendaselbst das mündliche Dokterexamen. Seit dem 6. Juli 1905 bin ich bei dem Königl. Amtsgericht in Tirschtiegel (Prov. Posen) als Referendar beschäftigt.